

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS HENRIQUE COSTA DE OLIVEIRA

PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO EM LICITAÇÕES NA MODALIDADE
PREGÃO: ESTUDO DA FASE DE HABILITAÇÃO

SÃO PAULO - SP
2024

CARLOS HENRIQUE COSTA DE OLIVEIRA

PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO EM LICITAÇÕES NA MODALIDADE
PREGÃO: ESTUDO DA FASE DE HABILITAÇÃO

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Eduardo Tuma

SÃO PAULO - SP

2024

Oliveira, Carlos Henrique Costa de.

Princípio do formalismo moderado em licitações na modalidade pregão: estudo da fase de habilitação. / Carlos Henrique Costa de Oliveira. 2024.

160 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Eduardo Tuma.

1. Licitação pública. 2. Fases da licitação. 3. Princípios. 4. Instrumentalidade. 5. Formalismo moderado. 6. Pregão eletrônico.

I. Tuma, Eduardo.

II. Título.

CDU 34

CARLOS HENRIQUE COSTA DE OLIVEIRA

PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO EM LICITAÇÕES NA MODALIDADE
PREGÃO: ESTUDO DA FASE DE HABILITAÇÃO

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Eduardo Tuma

SÃO PAULO - SP

2024

CARLOS HENRIQUE COSTA DE OLIVEIRA

PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO EM LICITAÇÕES NA MODALIDADE
PREGÃO: ESTUDO DA FASE DE HABILITAÇÃO

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora, formada por:

São Paulo – SP, 25 de novembro de 2024.

Presidente Prof. Dr. Eduardo Tuma – Orientador
Uninove

Membro Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali
Uninove

Membro Prof. Dr. Douglas Henrique Marin dos Santos
IESB

SÃO PAULO - SP
2024

Dedico este trabalho à minha família, nas pessoas da minha esposa, Patrícia Helena, meus filhos, Matheus Henrique e Giovanna Helena, meus pais, Miguel e Adelice, e minhas irmãs, Carmen Lílian e Ana Lívia, pelo apoio, compreensão e incentivo sem medidas, durante todo esse período em que foi necessária uma especial dedicação aos estudos e pesquisas deste trabalho acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pelo dom da vida e por oportunizar todas as condições para a consecução de mais um objetivo, um sonho de vida.

Meus sinceros e efusivos agradecimentos ao professor Dr. Eduardo Tuma, que desde o primeiro contato destinou seus vastos ensinamentos, experiência, organização e didática, os quais, além de muito ricos, apropriados e fundamentados, estimularam o constante aprofundamento e busca por um conhecimento acadêmico diferenciado e inovador.

Ao final, gostaria, ainda, de externar ímpar gratidão aos senhores Jônatas Junqueira de Mello, José Fabio Rodrigues Maciel e Thaluana Alves da Penha, que me apoiaram no desenvolvimento deste trabalho acadêmico, auxiliando e fornecendo prestimosos subsídios para a conclusão da presente dissertação.

El único contenido “sólido” que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. (Gustavo Zagrebelsky)

RESUMO

O objetivo desta dissertação é analisar o princípio do formalismo moderado no âmbito das licitações promovidas por órgãos e entidades públicos, assim como verificar as possibilidades de sua aplicação no curso dos pregões eletrônicos. O artigo quinto da nova lei de licitações e contratos administrativos - Lei nº 14.133, de 2021 - traz um rol de vinte e dois princípios aplicáveis às licitações públicas e contratos administrativos; no entanto, dessa lista não consta o princípio do formalismo moderado. Inicialmente, é apresentado um histórico da evolução das licitações públicas no mundo e no Brasil, o conceito e as diversas normas que tratam das licitações públicas. Em seguida, tem-se uma análise dos princípios constitucionais e legais que devem ser observados nos certames públicos, aduzindo-se a distinção entre regras e princípios. Na sequência, são apresentadas e estudadas as fases da licitação pública segundo a nova lei de licitações e contratos administrativos, com realce para a fase de habilitação. São abordadas as características e vícios referentes ao formalismo no direito brasileiro, demonstrando sua relevância e finalidade. Finalmente, são apresentados o conceito e as características do princípio do formalismo moderado, com a seleção de um caso concreto em que ele é utilizado no âmbito de um procedimento licitatório. Neste trabalho, foi utilizado o método dedutivo; sendo empregada, quanto aos meios, uma pesquisa bibliográfica e documental e, quanto aos fins, o método exploratório. Conclui-se, no presente trabalho acadêmico, pela importância do correto entendimento desse princípio jurídico para uma adequada utilização nas licitações públicas, o qual, devidamente aplicado, possibilita à administração pública atingir o fim último de um certame licitatório. Nesse sentido, o princípio do formalismo moderado é elencado como mais um instrumento à disposição dos licitantes para auxiliar sua participação nos procedimentos de aquisições e contratações administrativas a cargo da administração pública brasileira.

Palavras-chave: Licitação pública. Fases da licitação. Princípios. Instrumentalidade. Formalismo moderado. Pregão eletrônico.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to analyze the principle of moderate formalism in the context of bids promoted by public offices and entities, as well as to verify the possibilities of its application in the course of electronic biddings. Article 5 of the new law on public biddings and administrative contracts - Law 14.133, of 2021 - lists twenty-two principles applicable to public biddings and administrative contracts; however, this list does not include the principle of moderate formalism. Initially, a history of the evolution of public biddings in the world and in Brazil is presented, as well as the concept and the various rules that deal with public tenders. This is followed by an analysis of the constitutional and legal principles that must be observed in public biddings, distinguishing between rules and principles. Next, the phases of public bidding are presented and studied according to the new law on public biddings and administrative contracts, with emphasis on the qualification phase. The characteristics and shortcomings of formalism in Brazilian law are discussed, demonstrating its relevance and purpose. Finally, the concept and characteristics of the principle of moderate formalism are presented, with the selection of a concrete case in which it is used in the context of a bidding procedure. In this work, the deductive method was used; an bibliographic and documentary research was used, as to the means, and the exploratory method, as to the ends. The conclusion of this academic paper is the importance of a correct understanding of this legal principle for its appropriate use in public tenders, which, properly applied, enables the public administration to achieve the ultimate goal of a bidding process. In this sense, the principle of moderate formalism is listed as another instrument available to bidders to help them participate in the administrative tenders and contracting procedures carried out by the Brazilian public administration.

Key-words: Public bidding. Bidding phases. Principles. Instrumentality. Moderate formalism. Electronic bidding.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. LICITAÇÕES PÚBLICAS	13
2.1. HISTÓRICO.....	13
2.2. CONCEITO.....	19
2.3. ARCABOUÇO JURÍDICO	24
3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	30
3.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	39
3.2. PRINCÍPIOS LEGAIS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	47
3.3. A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE	61
4. FASES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS SEGUNDO A LEI Nº 14.133 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS).....	70
5. A FASE DA HABILITAÇÃO.....	85
5.1. A HABILITAÇÃO JURÍDICA.....	87
5.2. A HABILITAÇÃO TÉCNICA.....	89
5.3. A HABILITAÇÃO FISCAL, SOCIAL E TRABALHISTA.....	94
5.4. A HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	97
6. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO	100
6.1. O FORMALISMO E SUAS ACEPÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO	100
6.2. OS VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS	111
6.3. CARACTERÍSTICAS E CONCEITO DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO.....	123
7. A APLICAÇÃO DO FORMALISMO MODERADO NA FASE DA HABILITAÇÃO	133
8. CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS	142
APÊNDICE – LISTA DE ALGUMAS NORMAS INFRALEGAIS FEDERAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS	154

1. INTRODUÇÃO

As licitações realizadas pelos órgãos e entidades públicos brasileiros possuem relevante impacto na economia nacional e local, o que torna a administração pública um importante ator no mercado de bens, serviços e obras prestados pela iniciativa privada. A título de exemplo, pontua-se que, apenas no primeiro trimestre de 2024, o Sistema Comprasnet do Governo Federal registrou um montante da ordem de trinta e sete bilhões de reais homologados em compras, num total de vinte e dois mil processos de compras, sendo onze bilhões de reais homologados para micro e pequenas empresas.

Além disso, as contratações públicas ancoram a logística do setor público e são relevantes instrumentos para a viabilização da implementação das políticas públicas a cargo do estado.

Tudo isso exige a realização de certames licitatórios cada vez mais eficientes, eficazes e transparentes, de modo a assegurar a correta aplicação dos orçamentos públicos e, por consequência, uma adequada prestação de serviços públicos à população a que se destina.

Tal atuação, no entanto, não se desenvolve de forma pacífica e imune a discussões de natureza prática e jurídica. No campo das licitações públicas, o quantitativo de normas que tratam de licitações e contratações públicas é extenso e inserto em diversos tipos de normas, pois tal montante é vasto não apenas na quantidade, mas também na variedade tipológica das normas, vez que, nesse assunto, além de sua previsão na Constituição Federal de 1988, há leis, decretos, instruções normativas e portarias que abordam as licitações públicas, normativos estes emanados por todos os entes da federação brasileira.

Nessa seara, recentemente foi publicada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos, cuja vigência tornou-se obrigatória para os órgãos e entidades da administração pública a partir de janeiro de 2023, previu expressamente, em seu artigo quinto, uma extensa quantidade de princípios aplicáveis aos certames licitatórios públicos; não constando dessa lista, todavia, o princípio do formalismo moderado.

O procedimento licitatório pátrio, nos termos do artigo onze da nova lei de licitações e contratos administrativos, possui como um de seus escopos a seleção da melhor proposta para a satisfação da necessidade da administração pública. Ou

seja, sua função precípua é a seleção da proposta mais vantajosa, desde que o faça por meio da mais ampla disputa e possibilitando a participação do maior número possível de interessados.

Nesse sentido, intenta-se, na presente dissertação, realizar um estudo mais aprofundado sobre o conceito, as características e os entendimentos de diversos órgãos judiciais e de controle acerca do princípio do formalismo moderado.

Para o atingimento desse escopo, foi utilizado o método dedutivo; empregando-se, quanto aos meios, uma pesquisa bibliográfica e documental e, quanto aos fins, o método exploratório.

O presente trabalho acadêmico foi dividido em oito capítulos, incluindo-se a introdução e conclusão.

No segundo capítulo, é abordada a evolução histórica das licitações no mundo e no Brasil, o conceito de licitação pública e todo o arcabouço jurídico que rege os certames licitatórios brasileiros.

No terceiro capítulo, é apresentada uma revisitação sobre os princípios jurídicos. São estudados os princípios constitucionais e legais aplicáveis às licitações públicas, conferindo-se maior ênfase aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Na sequência, no quarto e quinto capítulos, são analisadas as fases das licitações públicas sob a ótica da nova lei de licitações e contratos administrativos, realizando-se a fase de habilitação.

No sexto capítulo, são abordados os aspectos do formalismo e dos vícios formais e materiais no direito brasileiro, as características do princípio do formalismo moderado e a apresentação de seu conceito.

Ao final, no sétimo capítulo, é apresentado um caso concreto da aplicação desse princípio, o qual foi submetido à apreciação do Tribunal de Contas da União.

Assim, pretende-se traçar os contornos jurídicos do princípio do formalismo moderado e delinear suas características e possibilidades de utilização, de modo a possibilitar seu emprego pelos atores, públicos e privados, no âmbito das licitações públicas, bem como estimular outros debates acadêmicos para o constante aperfeiçoamento dos procedimentos administrativos licitatórios pátrios.

2. LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1. HISTÓRICO

A origem das licitações no poder público é atribuída à civilização grega, na qual surge o direito das contratações públicas, após o advento da economia monetária de Creso, rei da Lídia, no século VI, antes de Cristo (MIRANDA, 2021, p. 36).

Tal se deve ao fato de que, antes da civilização grega, não existiam pagamentos em forma monetária, vez que os pagamentos ocorriam *in natura*, o que era um obstáculo à existência de uma concorrência pública, por não se ter noção precisa sobre preço e garantias financeiras para os ajustes contratuais. Isso explicaria a inexistência de registros de procedimentos licitatórios em sociedades não monetárias (MIRANDA, 2021, p. 37).

Nesse sentido, segundo os historiadores, não há registros de informações referentes a contratações públicas no Antigo Egito nem na civilização persa, embora esta civilização tenha adotado a moeda corrente dos gregos. Assim, acredita-se que o direito das contratações públicas surgiu na civilização grega (MIRANDA, 2021, p. 37-38).

Nas lições de Miranda (2021, p. 38-39), a primeira construção da humanidade que teve seu preço conhecido foi o Oráculo de Delfos, na Grécia, no século VI a.C.:

O primeiro edifício da história que se conhece o preço é o Oráculo de Delfos, reconstruído na segunda metade do século VI, antes da era cristã, após um contrato executado entre os anos 548 e 526 a.C., por 300 (trezentos) talentos de prata, uma verdadeira fortuna.

Heródoto afirma que a adjudicação do contrato aos Alcmeônidas se justificou por 2 (dois) motivos: de um lado, a riqueza do interessado, ou seja, a segurança financeira e, de outro, a honestidade comprovada, 2 (dois) requisitos essenciais do direito das contratações públicas em um contexto de corrupção generalizada, conforme relatado pelo próprio Heródoto, em relação às práticas do clero do santuário de Delfos, cujos oráculos exigiam subornos com frequência [...]

A primeira concessão da história que se tem notícia, por sua vez, refere-se às minas de Laurium, cuja exploração se intensificou no final do século VI a.C. pelos atenienses [...] Era obrigatória a estipulação do prazo de vigência do contrato. A pluralidade de concessões contíguas foi objeto de numerosas disputas e inúmeras fraudes, em particular em razão das invasões realizadas pelos

concessionários nas áreas concedidas a seus vizinhos (MIRANDA, 2021, p. 38-39).

Em Roma, há muito já havia regras tratando da alienação de despojos de guerra (de onde vem o nome “hasta pública”) e da realização de obras públicas (ARAÚJO, 2015, p. 549-550).

No direito romano, as autoridades realizavam concessões de serviços, realizando licitações e anúncios públicos, o que não impedia o monarca de o conceder por mera liberalidade. Em Roma, a tarefa de realizar a adjudicação dos contratos administrativos e das concessões de obras públicas era atribuída ao censor, um alto magistrado da República (MIRANDA, 2021, p. 39).

Não obstante, a sociedade romana se viu afetada por uma forte corrupção, o que levou à necessidade da edição de várias leis com vistas a combater essa prática:

Diante do aumento crescente da corrupção no final da segunda fase da civilização romana (República), várias leis foram promulgadas, sendo as principais delas:

- a) a Lex Calpurnia (149 a.C.), que previa a ação de ressarcimento contra os governadores provinciais acusados de concussão;
- b) a Lex Iunia Repetundarum (126 a.C.), que estabelecia o exílio nas hipóteses de empréstimo do governador à sua província, aceitação de presentes, apropriação indébita de fundos públicos e impostos não autorizados;
- c) a Lex Appuleia de Maiestate (100 a.C.), que instituiu um tribunal criminal permanente para julgar crimes praticados contra o povo romano;
- d) a Lex Servilia Glaucia (100 a.C.), que permitia às províncias recuperarem os recursos extorquidos por magistrados, inclusive de terceiros (quo pecunia pervenerit);
- e) a Lex Cornelia de Maiestate (81 a.C.), que reorganizava as normas relativas ao crimen maiestatis, ou seja, os crimes que atentavam contra a dignidade suprema do Estado; e
- f) a Lex Iuliae Pecuniis Repetundis (59 a.C.), que proibia a doação de qualquer tipo de brinde aos magistrados, exceto pelos pais e familiares próximos, aumentava as penalidades e punia as fraudes na execução dos contratos públicos de obras e suprimentos (MIRANDA, 2021, p. 40).

Na Idade Média, de 476 a 1.453 d.C., a primeira norma francesa na área de licitações públicas foi a Ordem de São Luís para a Utilidade do Reino, de 1256. No entanto, nessa época as licitações eram a exceção (MIRANDA, 2021, p. 40).

Na França, a licitação para execução de obra ocorria por meio de negociação com os empresários, seguida de um relatório bastante detalhado dessa obra. Surge,

então, o primeiro parâmetro da história das licitações públicas: a exigência de especificação detalhada. No ano de 1309, passou-se a exigir que a exploração de terras improdutivas do rei seguisse o critério da melhor oferta e ao último licitante (MIRANDA, 2021, p. 41).

No século XVI, na Itália, quem realizava os procedimentos licitatórios era um magistrado, que fazia uso de uma vela como marcador de tempo nesse sistema, que ficou apelidado de "Vela e Pregão" (MIRANDA, 2021, p. 41-42).

Nesse sistema de vela e pregão, os licitantes ofertavam suas propostas enquanto a vela estava acesa, sagrando-se vencedor aquele que ofertasse o melhor lance antes que ela se apagasse (ARAÚJO, 2015, p. 550).

E foi na França, no início do século XVII, que surgiu o que foi considerado como o primeiro código de contratos públicos, estando entre seus objetivos o combate a fraudes e crimes:

No final da Idade Média, os Estados europeus atingiram sua maturidade e, em razão do aumento das necessidades de investimento, as falhas nas leis de contratações públicas e concessões tornaram-se mais evidentes, em face da multiplicação de fraudes. No início do século XVI, os agentes públicos foram obrigados a denunciar os acordos entre os proponentes, sob pena de sanção.

Com esses antecedentes, o primeiro verdadeiro ancestral dos Códigos de Contratos Públicos, nos moldes atuais, é o Regulamento francês de 13 de janeiro de 1605, redigido por iniciativa do Duque de Sully, Ministro das Finanças do Rei Henrique IV [...]

Pascal Moreau chama a atenção para o fato de que a tentativa de prevenção a fraudes e a crimes contra a ordem econômica e financeira sempre esteve no cerne das normas sobre contratações públicas (MIRANDA, 2021. p. 42-43).

No Brasil, segundo as lições de Carlos Motta (2005, p. 3), o histórico das normas sobre licitações públicas remonta às ordenações Filipinas que, em 1592, já previam a realização de um pregão para as empreitadas.

Para Miranda (2021, p. 43), as regras sobre licitações e contratos públicos têm suas raízes na transferência da corte portuguesa para o Brasil, no Rio de Janeiro, a partir de 1808. O príncipe regente, por meio do Alvará de 28 de maio de 1808, determinou que a fabricação de cartas de baralho passaria a ser um monopólio do Estado, com a obrigatoriedade de se fixar editais para concorrerem quem desejasse ofertar lances.

Mais tarde, o Decreto de 20 de outubro de 1817 estabeleceu a possibilidade de exploração de madeira, via contrato, com uma arrematação em hasta pública. O Alvará de 25 de abril de 1818 disciplinou a licitação das alfândegas onde não houvesse capatazias, que seriam arrematadas por determinada quantidade de anos (MIRANDA, 2021, p. 43-44).

Após a independência do Brasil, a lei de 29 de agosto de 1828 disciplinava regras para construção de obras públicas referentes à navegação de rios, edificação de estradas, calçadas, aquedutos e outros (MIRANDA, 2021, p. 44).

Nesse período, merece destaque o Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862, considerado a norma mais completa a tratar da obrigatoriedade de realização de licitações públicas no âmbito do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas (MIRANDA, 2021, p. 44).

Há quem sustente que esse decreto de 1862 foi a norma que introduziu a licitação no direito brasileiro (MAURANO, 2004; NOHARA, 2018, p. 313).

Foi no início do século XX, que o direito brasileiro passou a tornar obrigatória a realização de licitações para a administração pública em geral. Aqui, citam-se a Lei Orçamentária de 1910 e a Lei nº 3.232, de 5 de janeiro de 1917, a qual obrigava a realização de concorrência pública para serviços, contratos e obras da União. No mesmo sentido, a Lei nº 3.454, de 6 de janeiro de 1918, determinava a realização de concorrência pública e a Lei nº 3.991, de 5 de janeiro de 1920, obrigava a realização de concorrência pública para o fornecimento de material de expediente para o atendimento das necessidades de qualquer ministério (MIRANDA, 2021, p. 44-45).

A partir de 1922, a legislação brasileira passou por uma relevante evolução no campo das licitações públicas (NOHARA, 2023, p. 302).

Naquele ano, foram editados o Código de Contabilidade da União, por meio do Decreto-Legislativo 4.536, de 20 de janeiro de 1922, e seu regulamento, o Decreto 15.783, de 22 de janeiro de 1922 (MOTTA, 2005, p. 3).

Esse código de contabilidade da União previa normas sobre licitações e contratos administrativos, tratando de empenho de despesas, concorrência, garantia, sanções e pagamentos (MIRANDA, 2021, p. 45).

Em 1934, foi instituído o Código de Águas. Nesse decreto, de nº 24.643, de 10 de julho de 1934, previu-se a adoção do regime de autorizações e concessões para o aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica (BRASIL, 1934).

Nessa linha histórica das normas brasileiras sobre licitações, tem-se que, em 1957, surgiu o Regulamento de Serviços de Energia Elétrica, por meio do Decreto 41.019, de 26 de fevereiro daquele ano (MOTTA, 2005, p. 4), que tratou dos casos de concessão de serviços de energia elétrica (BRASIL, 1957).

Nessa seara, merece destaque a Lei nº 4.320, de 1964, que previa expressamente a observância do princípio da concorrência nas aquisições públicas (MOTTA, 2005, p. 4).

Ainda no ano de 1964, foi editada a Lei nº 4.401, que disciplinava normas para “licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União”, introduzindo no direito pátrio a palavra licitação, em substituição à expressão concorrência pública (MIRANDA, 2021, p. 45-46).

Em 1965, a Emenda Constitucional nº 15 inseriu na Constituição Federal de 1946 o instituto da concorrência. Em 1967, com o advento do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a licitação recebeu tratamento de maneira sistematizada (MOTTA, 2005, p. 4-5; BICALHO, 2011, p. 227-228).

Essa sistematização, implementada por meio dos artigos 125 a 144 desse decreto-lei, trouxe mais eficiência às contratações da administração pública (NOHARA, 2023, p. 302).

Em 1968, a Lei nº 5.456 obrigou a estados e municípios a aplicação desse decreto-lei. Mais tarde, em 1973, foi editado o Decreto 73.140, que regulamentou as licitações e contratos de obras e serviços de engenharia (MOTTA, 2005, p. 5).

No entanto, foi o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que introduziu no direito brasileiro o primeiro estatuto jurídico sobre licitações e contratos administrativos, com 90 artigos (MIRANDA, 2021, p. 46).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, instituindo normas para licitações e contratos da administração pública da União, dos estados, do Distrito Federal e municípios brasileiros, regulamentando o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1993).

A partir do ano de 1995, a administração pública vivenciou o início de uma reforma administrativa, buscando evoluir de um modelo de administração pública burocrática - fortemente apegada ao procedimento - para uma administração pública gerencial - com foco nos resultados (MIRANDA, 2021, p. 46).

No ano de 2000, com a edição da Medida Provisória 2.026¹, de 4 de maio daquele ano, foi instituído na União o pregão, como nova modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns (BRASIL, 2000).

Mais tarde, no contexto da realização da Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 no Brasil, foi editada a Medida Provisória 527, de 18 de março de 2011, convertida na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, introduzindo no direito brasileiro o regime diferenciado de contratações públicas (RDC). Este regime, embora concebido ante a necessidade do cumprimento de prazos para as licitações voltadas aos referidos eventos esportivos, aperfeiçoou e modernizou a legislação brasileira de licitações públicas (MIRANDA, 2021, p. 47).

Posteriormente, no ano de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.303, que aprovou o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Lei esta que trata expressamente da obrigatoriedade da realização de licitação para as contratações dessas empresas (BRASIL, 2016).

Aqui, urge pontuar que esta lei de 2016, conhecida como a Lei das Estatais, deve sua edição aos bilionários escândalos de corrupção ocorridos mediante a utilização de licitações e contratações feitas por algumas das empresas estatais brasileiras (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2018, p. 85). Tal permite concluir que o procedimento licitatório simplificado da Petrobrás, aprovado pelo Decreto Federal nº 2.745, de 24 de agosto de 1998 (BRASIL, 1998), não foi capaz de evitar escândalos naquela empresa no âmbito de suas contratações.

Por fim, em 1º de abril de 2021, foi editada a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos - a Lei nº 14.133, com cento e noventa e quatro artigos (BRASIL, 2021).

Interessante sublinhar que a Lei nº 8.666, de 1993, ao longo de sua vigência, foi alterada por mais de duzentas vezes por oitenta normas distintas e que, por seus procedimentos serem considerados rígidos e lentos, o gestor público tem optado por utilizar o pregão e o regime diferenciado de contratações públicas nas aquisições para os órgãos e entidades públicos (MIRANDA, 2021, p. 48).

¹ Registra-se que, até ser convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a Medida Provisória nº 2.026 foi reeditada por dezoito vezes, recebendo o número 2.108 em sua nona reedição e 2.182 em sua décima sexta reedição (BRASIL, 2002).

Insta realçar que, nessa evolução das normas licitatórias brasileiras, constata-se que, inicialmente, o legislador pátrio optou por modelos de normas minimalistas, que se caracterizam pela inexistência de regras detalhadas sobre o comportamento do agente público na realização dos procedimentos de compras públicas. Posteriormente, o legislador elegeu normas licitatórias maximalistas, as quais preveem regras mais detalhadas, abrangentes e minudentes, limitando a margem de discricionariedade dos agentes responsáveis pelas contratações públicas (ROSILHO, 2013, p. 29-30).

Assim, o Decreto nº 15.783, de 22 de janeiro de 1922, e o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, podem ser enquadrados como normas minimalistas; enquanto que o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, e, notadamente, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, seguiram o modelo maximalista, vez que tratavam de forma detalhada os procedimentos dos certames, restringindo a discricionariedade administrativa e valorizando procedimentos rígidos de controle (TORRES, 2021).

Essa evolução histórica das normas sobre licitações e contratos administrativos demonstra a importância dessa temática ao legislador brasileiro e também tem sido objeto de estudo por diversos doutrinadores da área do direito administrativo.

2.2. CONCEITO

A palavra licitar vem do latim *licitare* ou *licitari* e significa ofertar uma quantia numa hasta pública, numa partilha judiciária ou arrematação, colocar em leilão, em almoeda (FERREIRA, 2009, p. 1205).

Os vocábulos “licitação” e “lícito” também possuem suas origens no latim, ambos derivam do verbo latino impessoal *licet*, *ēbat*, *uit*, o que significa ser legal, ser permitido (MIRANDA, 2021, p. 35).

A palavra licitação também possui vários significados associados aos verbos arrematar, disputar, concorrer, fazer preço sobre algo ou oferecer, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, prevaleceu por longo tempo a expressão concorrência (MOTTA, 2005, p. 1).

Sobre essa questão, observa-se que, para qualquer organização, a escolha de seus contratantes é uma tarefa de considerável desafio. Os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, possuem uma liberdade de escolha muito superior à do poder público, vez que os órgãos e entidades públicos, sujeitos ao princípio da indisponibilidade do interesse público, têm a obrigação de promover licitações públicas para contratação de suas obras, serviços e aquisição de seus bens (MIRANDA, 2021, p. 35).

Para a prestação de serviços públicos à coletividade, a administração pública necessita da prestação de serviço e do fornecimento de bens de terceiros:

A administração pública [...] exerce atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para o fim de interesse público. Para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens oferecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc [...]

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a administração pública, gestora dos interesses coletivos (CARVALHO FILHO, 2023, p. 197).

Nesse contexto, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello traz o seguinte conceito de licitação:

Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2019, p. 539).

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, abordando aspectos da igualdade de oportunidade aos licitantes, eficiência e moralidade, conceitua licitação como sendo:

O procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a administração e

para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição (MEIRELLES, 2014, p. 303-304).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na mesma linha, ensina que licitação é:

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2024, p. 407).

Dessa forma, pode-se concluir que a licitação é um instrumento da administração pública com o escopo de receber, analisar, julgar e selecionar a proposta que lhe seja mais favorável, com a ressalva de que se trata de um instrumento de caráter obrigatório por expressa determinação constitucional (MOTTA, 2005, p. 2).

A obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório no ordenamento jurídico brasileiro está prevista tanto em norma constitucional quanto em norma legal. As regras constitucionais estão explicitamente previstas nos artigos 22, XXVII²; 37, XXI³ e 173, § 1º, III⁴ e, implicitamente, nos artigos 37, caput⁵; 71, II e VI⁶ (CARVALHO FILHO, 2023, p. 198-199).

2 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (BRASIL, 1988)

3 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

4 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

No ordenamento jurídico brasileiro, a norma fundamental das licitações e contratos administrativos está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, XXI, inciso este que institui o dever de licitar ao gestor público (PIRES, 2021, p. 490-491).

Acrescente-se que o artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna brasileira determinou a obrigatoriedade da realização de licitação com o objetivo de preservar os seguintes princípios aplicáveis à administração pública: legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e a ileividade do patrimônio público (MORAES, 2019, p. 403).

A administração pública tem o dever constitucional de realizar rigoroso procedimento formal prévio para a contratação de bens e serviços, com escopo de obter a proposta mais vantajosa e de conceder oportunidade a todos que desejarem prestar seus serviços ou fornecer seus bens ao poder público. Ou seja, o gestor público deve atuar sempre observando as normas constitucionais e legais na realização das licitações públicas, com vistas à garantia dos princípios da legalidade e da igualdade de possibilidades, bem como para se afastar o favorecimento e o arbítrio (MORAES, 2019, p. 403).

Nesse sentido, doutrina Alexandre de Moraes:

A participação da administração pública no pacto contratual compromete a República, devendo, portanto, sua conduta pautar-se pelos imperativos constitucionais e legais, bem como pela mais absoluta e cristalina transparência.

A função de administrador da coisa pública, além de compreender a condução da unidade política, corresponde a realização de atos e contratos de natureza negocial e envolvendo bens e serviços de que

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (BRASIL, 1988).

5 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (BRASIL, 1988)

6 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município (BRASIL, 1988).

necessita para o desenvolvimento das próprias atividades (MORAES, 2019, p. 403, 406).

Na mesma linha, José Afonso da Silva ensina que esse artigo 37 carrega, implicitamente, o princípio da licitação. E o conceitua como:

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a administração pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico aos eventuais contratantes com o poder público (SILVA, 2017, p. 683).

E acrescenta que o procedimento licitatório é vinculado, ou seja, deve estar obrigatoriamente previsto em lei (SILVA, 2017, p. 683).

Para Mattos (2010, p. 784), a obrigatoriedade da realização de licitação pública tem por escopo preservar e conferir efetividade aos princípios da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade e da economicidade.

Dessa forma, ensina que o procedimento licitatório visa a realização da moralidade administrativa, com regras impositivas ao gestor público e à coletividade, de modo que seja vencedora a proposta que melhor atender ao interesse público, evitando-se privilégios para alguns em detrimento da melhor opção para a sociedade. E arremata que:

Destarte, ao inverso dos particulares, que podem dispor de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o estado para tomar essas medidas necessita adotar e promover o devido processo de licitação pública como forma de aferir a melhor proposta oferecida (MATTOS, 2010, p. 784).

Em relação à natureza jurídica da licitação, a doutrina se divide em três correntes. A primeira classifica a licitação como instituto de direito financeiro. As outras duas a consideram como instituto de direito administrativo, sendo que uma sustenta ser um ato-condição e a outra, um procedimento administrativo (DALLARI, 2006, p. 19).

Adilson Abreu Dallari sustenta que a licitação é um instituto de direito administrativo:

Decididamente a licitação é um instituto de direito administrativo. O objeto da licitação, o seu resultado jurídico, não é uma alteração patrimonial ou financeira, mas pura e simplesmente a eleição de um contratante com a administração. Trata-se, portanto, de algo precedente a um contrato. Ora, como fase preliminar a uma manifestação de vontade da administração pública, ou, mais propriamente, como meio técnico-jurídico de formação da vontade da administração, claro está que somente pode ser regida pelo direito administrativo (DALLARI, 2006, p. 30).

E prossegue Dallari sustentado que a licitação se enquadra como autêntico procedimento administrativo:

Nossa opinião é a de que a licitação é verdadeiramente um procedimento administrativo que tem por objeto a seleção de um contratante com a administração pública. Após a licitação pode surgir um vínculo entre administração e o particular; todavia, esse vínculo tem um objeto diferente daquele do eventual contrato de fornecimento ou prestação de serviço que possa vir a ser celebrado (DALLARI, 2006, p. 35).

2.3. ARCABOUÇO JURÍDICO

Di Pietro (2024, p. 409) leciona que, no direito positivo brasileiro, há diversas normas que tratam sobre licitações e contratos administrativos, em consonância com disposto no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, que atribuiu à União competência privativa para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratos administrativos, aplicáveis às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista, observadas normas constitucionais específicas previstas no artigo 173 da Carta Magna.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro contempla extenso rol de leis, decretos, portarias e instruções normativas que tratam diretamente sobre licitações e contratos administrativos. A título de exemplo, de alcance nacional, podem-se citar as seguintes leis: Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que trata do estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte; Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que manda aplicar a Lei Complementar nº 123, de 2006, às sociedades cooperativas; Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que trata das contratações de publicidade; Lei nº 12.598, de 22 de março de 2013, que

estabelece normas especiais para as aquisições e contratações na área de defesa, e a Lei nº 14.133, a nova lei de licitações e contratos administrativos (DI PIETRO, 2024, p. 410-411).

Pontua-se, ainda, a vigência de leis específicas sobre licitação aplicáveis à concessão de alguns serviços públicos, como energia⁷, portos⁸, transporte ferroviário⁹ e telecomunicações¹⁰ (DI PIETRO, 2024, p. 411).

Ou seja, de um modo geral, a norma infraconstitucional sobre licitações públicas está essencialmente materializada na Lei nº 14.133, de 2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos, que expressamente revogou a Lei nº 8.666, de 1993 (lei de licitações anterior), a Lei nº 10.520, de 2002 (lei do pregão), e a Lei nº 12.462, de 2011 (regime diferenciado de contratações - RDC) (CARVALHO FILHO, 2023, p. 199).

Essa nova lei é uma norma geral para aplicação no âmbito das licitações e contratações públicas no país, merecendo destaques como:

A ideia de uma nova legislação é acolhida de forma positiva, primeiro pela consolidação em um único diploma das normas gerais de licitação, abarcando todas as modalidades licitatórias previstas no ordenamento brasileiro, superando o desafio vivido por muitos operadores do direito, servidores públicos e empresários de ter que trabalhar com uma verdadeira 'colcha de retalhos' com diversas leis, decretos, portarias e outros atos regulamentares estabelecendo regras para o processo de contratação pública (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 28).

A nova lei de licitações e contratos administrativos incorporou várias soluções que estavam até então exclusivamente previstas em instruções normativas do governo federal, citando-se, a título de exemplo, a figura da repactuação nos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra (JUSTEN FILHO, 2021, p. 28).

7 Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

8 Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

9 Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021, que estabelece a lei das ferrovias.

10 Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Veja-se que grande parte das inovações constantes da Lei nº 14.133, de 2021, não são inéditas, vez que vêm sendo introduzidas paulatinamente na legislação brasileira ao longo dos últimos anos, como a Lei nº 8.987, de 1995 (normas sobre concessões), Lei nº 10.520, de 2002 (pregão), Lei nº 11.079, de 2004 (parcerias público-privadas), Lei nº 12.462, de 2011 (RDC), a Lei nº 13.303, de 2016 (lei das estatais), as atualizações normativas do Tribunal de Contas da União e as regulamentações infralegais insertas em instruções normativas do governo federal (MIRANDA, 2021, p. 48).

Dentre as inovações trazidas pela nova lei de licitações e contratos, em relação às modalidades licitatórias, constata-se que a lei manteve a concorrência pública e a fixou em razão do seu objeto, e não mais de seu valor, alterando, pois, os critérios de julgamento. O convite e a tomada de preços foram extintos e o pregão passou a ser uma modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns em todas as unidades da federação brasileira (GIROTO; SILVA, 2021).

Outra novidade foi a introdução da modalidade diálogo competitivo, inspirado no modelo europeu, realizada por meio de três fases: pré-seleção dos licitantes, diálogo propriamente dito e fase competitiva entre os licitantes pré-selecionados. Tal modalidade tem por escopo suprir as necessidades da administração pública quando não conseguir adaptar sua estrutura de modo a utilizar uma solução existente e especificar tecnicamente com a devida precisão o objeto pretendido (GIROTO; SILVA, 2021).

Em suma, a nova lei de licitações e contratos administrativos tem o mérito de realizar a união de várias normas de licitação e contratação em uma mesma norma, simplificando sua utilização (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 28).

No entanto, importa destacar que a Lei nº 8.666, de 1993, e demais normas correlatas (Lei nº 10.520, de 2002, e Lei nº 12.462, de 2011) permanecem aplicáveis aos contratos vigentes que tiveram sua instrução e respectivos procedimentos preparatórios realizados com base nessa lei revogada, nos termos dos artigos 190 e 191 da nova lei de licitações e contratos administrativos¹¹ (BRASIL, 2021).

¹¹ Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que:

Tal ocorre porque a lei nova assim previu, como regra de transição em seu artigo 191. A justificativa é que:

A regra é simples, o regime do contrato administrativo é o mesmo da licitação, considerando que a minuta do contrato é parte anexa ao edital de licitação e o edital de licitação integra o instrumento de contrato, quando de sua assinatura (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 28).

Por fim, destaca-se que, além das acima referidas leis em sentido estrito versando sobre licitações e contratos públicos, o arcabouço jurídico afeto a esse tema também está distribuído em decretos, portarias e instruções normativas oriundos de diversas autoridades da estrutura administrativa brasileira, tanto no âmbito federal, como nas esferas estaduais, distrital e municipais.

A título de exemplo, citam-se algumas normas aplicáveis aos processos licitatórios no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

a) Decreto nº 11.890, de 22 de janeiro de 2024, que regulamenta o art. 26 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a aplicação da margem de preferência no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e institui a Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável;

b) Decreto nº 11.878, de 9 de janeiro de 2024, que regulamenta o art. 79 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o procedimento auxiliar de credenciamento para a contratação de bens e serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

c) Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023, que atualiza os valores estabelecidos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021;

d) Decreto nº 11.462, de 31 de março de 2023, que regulamenta os artigos 82 a 86 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de

I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e

II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta.

§ 1º Na hipótese do caput, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

§ 2º É vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no inciso II do caput do art. 193 (BRASIL, 2021).

registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

e) Decreto nº 10.132, de 25 de novembro de 2019, que altera o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União;

f) Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal;

g) Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União;

h) Portaria nº 21.262, de 23 de setembro de 2020, que estabelece procedimentos referenciais para a composição da planilha de custos e formação de preços nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, executados de forma contínua ou não, em edifícios públicos, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

i) Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018, que estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018;

j) Portaria nº 306, de 13 de dezembro de 2001, que aprova a implantação do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços;

k) Instrução Normativa SEGES/ME nº 103, de 30 de dezembro de 2022, que dispõe sobre os procedimentos de seleção de imóveis para locação no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional; e

l) Instrução Normativa SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022, que dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital.

Acrescente-se que, no Apêndice deste trabalho, estão relacionadas diversas normas sobre licitações e contratações públicas selecionadas pela Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos no Portal de Compras do Governo Federal (BRASIL, 2024).

Essa lista de normas expedidas pelo poder executivo federal dá uma noção da extensa quantidade e variedade de atos normativos existentes em nosso ordenamento jurídico aplicáveis às licitações e contratos administrativos, sublinhando-se que, nas esferas estaduais, distrital e municipais, a igual modo, há normativos regulando os procedimentos para as aquisições públicas.

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Utilizando de analogia com a construção civil, Miguel Reale ensina que os princípios são as colunas de sustentação de um sistema jurídico:

Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano (REALE, 2002, p. 61).

Segundo as lições de Carlos Ari Sundfeld (2015, p. 143), os princípios podem ser conceituados como as ideias centrais de um sistema, conferindo harmonia, lógica e racionalidade a esse sistema e, ao mesmo tempo, possibilitando compreender sua forma de organizar-se.

E, destacando sua relevância, complementa:

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas (SUNDFELD, 2015, p. 146).

José Afonso da Silva, fazendo uma correlação dos princípios com a atuação do gestor público, leciona que:

A administração pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas (SILVA, 2017, p. 677).

Nesse contexto e ante o escopo do presente trabalho acadêmico, urge trazer à baila a distinção entre regras e princípios.

Segundo os ensinamentos do filósofo inglês Herbert Hart, todo direito positivo possui uma estrutura aberta, o que ocorre devido, entre outros, à linguagem do direito possuir um caráter vago, sendo possível existirem contradições entre normas,

ausência de uma norma que fundamente certa decisão e, ainda, que seja prolatada uma decisão contra o enunciado de uma norma (ALEXY, 2011, p. 83-84).

Visando a apresentar respostas a essa situação e criticando a teoria do positivismo jurídico, o filósofo e jurista americano Ronald Dworkin defendeu existir uma distinção entre regras e princípios, abordando a problemática da colisão entre eles nos seguintes termos:

Para ele, as regras são aplicadas do modo "tudo ou nada" ("*all-or-nothing*"), no sentido de que se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso ("*dimension of weight*"), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade. Nesse sentido, a distinção elaborada por DWORKIN não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto a estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma ALEXY (ÁVILA, 1999, p. 157).

O jurista alemão Robert Alexy, em sua renomada doutrina sobre regras e princípios, ensina que ambos são espécies do gênero normas, ou seja, regras e princípios são dois tipos de normas (AMORIM, 2005, p. 125).

Em seus estudos, Alexy propôs três teses para distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que essa distinção é van, ante a grande pluralidade de semelhanças e diferenças entre normas e princípios. A segunda tese sustenta que tal diferenciação se faz pelo critério da generalidade, ou seja, utiliza o critério de grau de generalidade. E a terceira - e defendida por Alexy - é a que utiliza os critérios de grau e qualitativo (AMORIM, 2005, p. 125-126).

Nesse sentido, Robert Alexy, com base na teoria de Dworkin, sustenta que existe uma diferença lógica entre ambos:

A primeira parte da tese da diferença lógica indica que regras são aplicáveis de um modo-tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Se as características do tipo estão presentes, existem somente duas possibilidades. Ou a regra é válida, então a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é válida então ela não dirime nada para

decisão. Uma formulação completa da regra deve conter todas as exceções (ALEXY, 2015, p. 140).

Nesse sentido, seguindo essa linha de raciocínio, quando existir conflito de regras, a resolução perpassa pela verificação da existência, ou não, de alguma exceção à sua aplicação. Em outras palavras:

Se não for possível introduzir uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, eliminada do ordenamento jurídico. O conflito de regras se opera no nível da validade jurídica, que não comporta graus; uma norma vale ou não vale juridicamente. Quando uma regra vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua consequência jurídica (AMORIM, 2005, p. 126).

Ou seja, quando há conflito de regras, a solução está no plano da validade dessas regras para uma decisão sobre qual regra deverá ser aplicada (AMORIM, 2005, p. 127).

Entretanto, urge ressaltar que o próprio Alexy sustenta que esse critério do modo-tudo-ou-nada não constitui um fator determinante na distinção entre regras e princípios quando se leva em consideração cláusulas de reserva.¹² Neste ponto, afirma que:

Com isso, resulta que, então, quando se renuncia a cláusulas de reserva, nem regras nem princípios são um assunto-tudo-ou-nada, que, porém, então, quando se as emprega, tanto regras como princípios são aplicáveis desse modo. O mero caráter-tudo-ou-nada não forma, portanto, indiferente para o que se decide, um critério de distinção para regras e princípios (ALEXY, 2015, p. 147).

E nessa linha de argumentação, abordando a teoria da colisão de Ronald Dworkin, Alexy destaca a questão do uso das cláusulas de reserva quando ocorre colisão de regras e sustenta que:

Por isso, o teorema da colisão de Dworkin é verdadeiro para regras sem cláusulas de reserva.

¹² A cláusula de reserva pode ser entendida como aquela que determina a preponderância de certo princípio desde que, no caso concreto, não exista outro princípio que obtenha maior peso (ÁVILA, 1999, p. 157).

Com isso, também as regras com cláusulas de reserva que se relacionam a princípios no sentido do teorema da colisão podem se contradizer, que porém certamente ocorrerá em proporções muito pequenas.

Em suma é preciso assinalar que o teorema da colisão é válido para regras. Na verdade, quando se emprega cláusulas relacionadas a princípios, desaparecem inúmeras colisões. Há porém também casos que devem ser resolvidos no sentido do teorema, de modo que ele permaneça aplicável. Toda reconstrução sempre significa que ou ocorre uma contradição que deve ser solucionada de acordo com o teorema da colisão ou que um conflito de tal tipo não mais existe (ALEXY, 2019, p. 162-164).

Já em relação aos princípios, o jurista alemão ensina que, ao contrário das regras, não devem determinar o conteúdo de uma decisão, mas apenas conter seus fundamentos. Desse modo, os princípios não podem ser aplicados como as regras:

É impossível compreendê-los em uma formulação completa do princípio para, então, aplicar o princípio como uma regra em um modo-tudo-ou-nada. De outra forma como as exceções de regras, os exemplos contrários para princípios também teoricamente não são enumeráveis (ALEXY, 2015, p. 141).

E é nesse ponto que reside a crítica de Alexy a Dworkin, pois, para este, todas as regras possuem um mesmo caráter definitivo e, a igual modo, todos os princípios possuem um mesmo caráter *prima facie*. Ou seja:

É assim que Alexy constrói sua teoria, incluindo no modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de introduzir uma cláusula de exceção. Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer sobre a base de um princípio. E, contra o que pensa Dworkin, as cláusulas de exceção introduzíveis nas regras sobre a base de princípios nem sequer são teoricamente enumeráveis (talvez poderíamos dizer que nesse ponto, especificamente, Alexy assume a possibilidade das regras, em casos muito excepcionais) (AMORIM, 2005, p. 128).

Dessa forma, na construção de uma distinção entre regras e princípios, o filósofo alemão, defendendo que as regras possuem um caráter mandamental e de modo definitivo, sustenta que:

A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescreve uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em

caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva por isso podem ser designadas de forma simplificada como "mandamentos definitivos". Sua forma característica de aplicação é a subsunção (ALEXY, 2011, p. 85).

Aqui, observa-se que a aplicação das regras utiliza o método da subsunção, ou seja, considera que as regras são normas que possuem determinações definitivas e, por isso, devem ser cumpridas dentro das condições fáticas e jurídicas possíveis. Tal não ocorre na aplicação dos princípios, os quais exigem outros métodos hermenêuticos para sua aplicação (AMORIM, 2005, p. 126).

Portanto, no que se refere aos princípios, Alexy defende que possuem uma dimensão de peso, o que não ocorre com as regras. Ou seja, quando dois princípios entram em colisão, o de maior peso prevalece, sem que isso signifique invalidar o de menor peso (ALEXY, 2015, p. 141).

Constata-se, pois, que a teoria de Robert Alexy, alinhada à terminologia de Ronald Dworkin, defende que os princípios estão relacionados a mandatos de otimização, ou seja:

Trata-se, pois, relacionando de igual forma a terminologia de Ronald Dworkin, não de valores ou de meros princípios (*principles*), senão de diretrizes (*policies*), isso é, de critérios pelos quais se fixam metas e objetivos políticos, sociais ou econômicos (Mattos, 2010, p. 757).

Em outras palavras, a distinção pode ser obtida ao se considerar que princípios são comandos de otimização, são normas que devem ser cumpridas na maior extensão possível dentro dos limites de fato e de direito:

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas (AMORIM, 2005, p. 126).

Conclui-se, assim, que o filósofo alemão Robert Alexy, com base na teoria de Dworkin, trouxe contornos mais nítidos ao conceito de princípios, sustentando que constituem uma espécie de normas jurídicas por meio das quais se fixam deveres de

otimização, que se aplicam em diversos graus, de acordo com os fatos e normas de cada situação. Assim, quando ocorre uma colisão entre princípios, é preciso haver uma ponderação entre os princípios colidentes, não havendo, pois, uma prevalência automática de um sobre o outro. Neste ponto, nas lições de Humberto Ávila, tem-se que:

Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso, e não determina as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma *cláusula de reserva*, a ser assim definida: “se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso” (ÁVILA, 1999, p. 157).

Nesse contexto, observa-se que, diferentemente das regras, na aplicação de princípios, por conterem mandamentos de otimização, sua utilização requer a ponderação entre eles num determinado caso concreto, ou seja, não se trata de uma regra de ponderação válida para todas as situações, de um modo universal. Noutras palavras:

Por outro lado **os princípios são mandamentos de otimização**. Como tais, **são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas**. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas de realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. **A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios** (ALEXY, 2011, p. 85, grifo nosso).

Dessa forma, quando ocorre uma colisão de princípios, a solução se resolve por meio da prevalência do princípio que possui maior peso:

Enquanto o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, a colisão de princípios – considerando que só podem colidir princípios válidos – tem lugar mais além da validade, resolve-se na dimensão do peso (AMORIM, 2005, p. 127).

Constata-se que, aqui, a solução leva em consideração uma relação de precedência condicionada, segundo a qual são indicadas as condições do caso

concreto em que um princípio precede a outro. É condicionada porque, em outro caso concreto, pode haver solução oposta em relação aos mesmos princípios (AMORIM, 2005, p. 127).

Observa-se que há uma lei de ponderação dos princípios e que, por essa razão, nenhum princípio é declarado inválido nem há uma precedência absoluta entre eles:

Essa lei significa que não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros. **Na verdade, não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto.** Por isso, Alexy diz que só pode existir relação condicionada, ou concreta, relativa; e a questão decisiva é baixo (sic) quais condições qual o princípio deve prevalecer e qual deve ceder (AMORIM, 2005, p. 127, grifo nosso).

Ou seja, segundo a teoria de Alexy, os princípios são definidos como deveres de otimização aplicados em graus, conforme as situações fáticas e normativas. Em relação aos fatos, tal se deve porque o conteúdo de um princípio enquanto norma de conduta só pode ser aplicado no caso concreto. E no tocante às normas, a aplicação do princípio depende das regras e princípios que a ele são contrapostos (ÁVILA, 1999, p. 158).

Tal entendimento também é defendido por Gomes Canotilho, o qual sustenta ser juridicamente possível a existência de “fenômenos de tensão” entre os diversos princípios existentes num sistema constitucional. Assim, leciona que:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso (GOMES CANOTILHO, 2000, p. 1182).

Já em relação às regras, a situação é diferente, vez que possuem premissas que são, ou não, preenchidas diretamente. Quando ocorre colisão de regras, a

solução se dá mediante a inserção de uma exceção à regra ou pela invalidação de uma das regras conflitantes (ÁVILA, 1999, p. 158).¹³

Assim, em suma, repisa-se que a doutrina do jurista alemão Robert Alexy defende que as regras e os princípios são espécies de normas jurídicas:¹⁴

E, por fim, Alexy conclui que toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. “Nota-se, pois, que a distinção reside na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das proposições de dever-ser.” (BUSTAMANTE, 2002 apud AMORIM, 2005, p. 126).

Comunga desse entendimento Canotilho, para quem, ao tratar das normas constitucionais, ensina que as regras e princípios possuem natureza e densidade diferentes, mas que, no seu conjunto, tanto as regras como os princípios constitucionais têm o mesmo valor da lei, ou seja, possuem força cogente (GOMES CANOTILHO, 2000, p. 1176).

Urge pontuar que outros autores também se debruçaram sobre essa distinção entre regras e princípios. Nas lições de Humberto Ávila, doutrina e jurisprudência

¹³ Pontua-se que há críticas à teoria da distinção entre regras e princípios proposta por Alexy, a exemplo das citadas a seguir.

Günter defende que não há “princípios”, mas sim normas que são empregadas de maneiras distintas, e que tal diferença entre regras e princípios não é estrutural, mas “diferença de tipos de uso”. Registra-se que Alexy chega a admitir que Günter está correto em dizer que, em alguns casos, é difícil decidir se a norma se trata de uma regra ou de um princípio (AMORIM, 2005, p. 130).

Pietro Sanchis sustenta que a diferença entre regra e princípio ocorre exclusivamente quando de sua interpretação ou aplicação. Entende que a técnica dos princípios pode ser empregada sempre, não se restringindo à presença de enunciados normativos que possuam certas características, vez que o magistrado sempre tem a faculdade de transformar em princípios as regras que fundamentam a posição de cada parte (AMORIM, 2005, p. 131).

José Maria Rodríguez de Santiago discorda da afirmação de Alexy de que “toda norma ou é uma regra ou é um princípio”, pois, para ele, o próprio Alexy reconhece a existência de normas com “duplo caráter”, ou seja, são regra e princípio ao mesmo tempo, a exemplo da dignidade da pessoa humana. Santiago entende que a separação entre princípios e regras não é qualitativa, bem como não é categorial a distinção entre subsunção e ponderação como métodos de aplicação do direito. Dessa forma, afirma que “o dualismo (regras e princípios) resultante parece mais formalmente brilhante que ajustado à realidade do Direito” (SANTIAGO, 2000 apud AMORIM, 2005, p. 132).

Humberto Bergmann Ávila também tece críticas a essa conceituação e distinção entre princípios e regras propostas por Dworkin e por Alexy ao abordar tal distinção e a redefinição do dever de proporcionalidade (ÁVILA, 1999, p. 158).

¹⁴ Importa mencionar que, em relação à existência de princípios nos sistemas jurídicos, Alexy defende que a conexão entre direito e moral perpassa pelas teses da incorporação, da moral e da correção. Segundo a tese da incorporação, os princípios existem em todo sistema jurídico minimamente desenvolvido. Pela tese da moral, nos casos em que há abertura do direito, usam-se princípios que fazem parte de uma moral qualquer, ou seja, não necessariamente há moral correta a determinado caso. E pela tese da correção, tem-se uma conexão entre o direito e a moral correta (ALEXY, 2011, p. 85-91).

afirmam que os princípios são as normas mais relevantes de um ordenamento jurídico. Nessa temática, sublinha que:

A definição de princípio ("Grundsatz") foi elaborada por ESSER já em 1956. Para ele os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem. A distinção entre princípios e regras não seria, portanto, apenas com base no grau de abstração e generalidade da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais elas devem ser aplicadas: a distinção seria de "Qualität". Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada (ÁVILA, 1999, p. 155).

Utilizando o fundamento de validade, os doutrinadores alemães Hans Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober e Ernst Forsthoff sustentam que os princípios se diferem das regras por decorrerem do princípio do estado de direito, da noção de direito ou da própria noção de justiça e que, por não possuírem um caráter de determinação, não contêm a qualidade de normas de comportamento, mesmo tendo caráter de norma (ÁVILA, 1999, p. 155).

Nessa mesma linha, o jurista e filósofo alemão Karl Larenz, defendendo que os princípios são normas jurídicas, sustenta que os princípios são normas jurídicas que não preveem uma hipótese e sua respectiva consequência, mas tão só uma ideia jurídica geral que norteará o processo normativo de concretização (LARENS, 1979 apud ÁVILA, 1999, p. 155).

Constata-se que tais conceitos são semelhantes na medida em que buscam distinguir princípios e regras com base em dois critérios: grau de abstração e generalidade da prescrição normativa e fundamento de validade. Para este, as regras são extraídas de textos normativos, enquanto que os princípios decorrem da própria noção de estado de direito. Já para aquele (grau de abstração e generalidade), os princípios se destinam a um número indeterminado de pessoas e de circunstâncias; as regras seriam menos genéricas, com mais elementos voltados a casos concretos, possibilitando-se definir uma hipótese e sua consequência (ÁVILA, 1999, p. 156).¹⁵

¹⁵ A título exemplificativo, o professor Humberto Ávila defende que o dever de proporcionalidade não é um princípio nem uma norma-princípio, mas sim um postulado normativo aplicativo (ÁVILA, 1999, p. 169-170).

Feitas essas considerações sobre os princípios e as regras jurídicas, no próximo tópico, passa-se a tratar dos princípios positivados pelo sistema jurídico brasileiro afetos às licitações e contratos administrativos.

3.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A constitucionalização de certos princípios do direito administrativo teve por objetivo padronizar, estabilizar e legalizar a atuação do poder público. Nesse sentido:

Como a lei não se mostrava devidamente eficaz para instituir, determinar ou tornar estável uma diretriz certa e segura em relação à atuação do poder público, coube à Constituição Federal promulgada em 05-10-1988 substituir os princípios gerais de direito pelos princípios constitucionais básicos e elementares direcionados para a atuação da administração pública em todos os seus segmentos (MATTOS, 2010, p. 753).

No vigente sistema jurídico-constitucional, a validade das leis requer a devida adequação não só quanto à forma de sua produção, mas também que seu conteúdo seja compatível com as normas constitucionais. E mais, as normas constitucionais, além de imporem limites ao legislador e ao gestor públicos, determinam deveres para sua atuação (BARROSO, 2006, p. 16).

Nesse mesmo sentido é a lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Atualmente, a plena efetividade e aplicabilidade das normas e princípios constitucionais são obrigatórios em todo o ordenamento jurídico. Isso porque a efetividade e aplicabilidade da Constituição conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, através das quais se leem e se interpretam todos os atos públicos, inclusive os legislativos (MATTOS, 2010, p. 757).

Com a constitucionalização dos direitos, a doutrina substituiu o emprego da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito pelos princípios constitucionais, por serem estes pontos básicos e fundamentais, de observância obrigatória por todos os demais ramos do direito (MATTOS, 2010, p. 757).

A teoria constitucional, dessa forma, constituída por normas e princípios, passou a conferir aplicabilidade e efetividade aos postulados previstos na Carta Magna. Noutros termos:

Portanto, os princípios constitucionais são fontes permanentes de direito, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional como diretrizes, a produzirem orientação legal, sob pena de assim não sendo, violar-se a própria Constituição (MATTOS, 2010, p. 757).

Porquanto, a Constituição Federal teve reconhecida sua força normativa, tendo suas disposições caráter obrigatório e vinculativo. Ou seja, assim como as normas jurídicas, as normas constitucionais possuem o atributo da imperatividade e sua inobservância permite a utilização dos instrumentos devidos ao seu cumprimento forçado (BARROSO, 2006, p. 21).

O artigo 37 da Constituição Federal elenca, de modo expresso, os seguintes princípios aplicáveis à administração pública brasileira: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Sobre o princípio da legalidade, José Afonso da Silva, destacando que deve ser interpretado no bojo de todo o sistema constitucional de um estado democrático de direito, traz o seguinte conceito:

O princípio da legalidade é nota essencial do estado de direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do estado democrático de direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais (SILVA, 2017, p. 423).

No âmbito da administração pública, o princípio da legalidade é aplicado de forma especial e mais rigorosa, tendo em vista que o gestor público não pode agir de acordo com a sua vontade subjetiva, mas apenas poderá realizar o que a lei expressamente autorizar. Está, pois, relacionado com a própria função administrativa, de se executar o direito, agindo sem um fim próprio, mas sempre com respeito às imposições da lei e para preservar a ordem jurídica (MORAES, 2019, p. 366).

Pelo princípio da legalidade, o administrador público só pode fazer o que a lei permitir, a vontade da administração pública é a vontade da lei. A título de exemplo,

no âmbito das licitações públicas, os licitantes possuem direito público subjetivo aos procedimentos administrativos legalmente previstos (DI PIETRO, 2024, 417).

Repita-se que o princípio constitucional da legalidade é de observância obrigatória nas licitações públicas:

Previsto no artigo 37, caput, da Constituição e em várias leis ordinárias, ele designa a obrigatoriedade de submissão do procedimento da licitação e do contrato às normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, observada a hierarquia legislativa: Constituição Federal, lei de licitações, LINDB, leis de processo administrativo (e respectivos regulamentos); nas esferas estadual, distrital e municipal, ainda devem ser observadas as constituições estaduais, as leis orgânicas dos municípios, as leis de licitações, as leis de processo administrativo, onde houver (DI PIETRO, 2024, p. 497).

Dessa forma, pelo princípio da legalidade, deve haver uma conformação de todo o procedimento licitatório com as normas legais em vigor (BITTENCOURT, 2021, p. 108).

Assim, tal princípio impõe ao gestor público a obrigatoriedade de cumprir fielmente o procedimento licitatório previsto em lei, conferindo direito público subjetivo de qualquer cidadão o cumprimento desse procedimento administrativo. Esse procedimento é formal, não sendo permitido à administração pública criar, suprimir ou aglutinar etapas previstas na lei (ROSSI, 2022, p. 739).

O princípio da impessoalidade, atrelado aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, determina tratamento igualitário aos licitantes, vez que a atuação administrativa não deve levar em consideração condições pessoais ou vantagens oferecidas por licitantes, exceto as previstas em lei ou no ato convocatório (DI PIETRO, 2024, p. 418).

O princípio da impessoalidade, por alguns chamados de princípio da finalidade administrativa, por vezes, tem atuação nos mesmos campos dos princípios da igualdade e da legalidade. E mais, informa que a atuação dos agentes públicos é imputada ao órgão ou entidade em nome da qual pratique o ato:

Esse princípio completa a ideia já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou (MORAES, 2019, p. 366-367).

Na mesma linha é a doutrina de José Afonso da Silva (2017, p. 678-679), o qual leciona que o princípio da impessoalidade imputa à entidade pública a responsabilidade pelos atos e provimentos administrativos praticados por seus agentes, ou seja, os atos praticados são da administração pública, e não do autor institucional que os praticou.

É por esse princípio que o gestor público tem o dever de realizar sua atividade direcionada a todos os cidadãos, de modo a não promover discriminação ou destinação específica. Noutros termos:

O princípio da impessoalidade veda os "apadrinhamentos", impondo que o procedimento licitatório seja destinado a todos interessados, obstaculizando o desenvolvimento de qualquer tipo de favorecimento pessoal (BITTENCOURT, 2021, p. 108).

Ou seja, o princípio da impessoalidade impõe à administração pública a obrigatoriedade de tratar todos com neutralidade de forma absoluta, não havendo espaço para perseguições ou favoritismos indevidos (ROSSI, 2022, p. 739).

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE.

1. Procedimento licitatório realizado pela Justiça Federal de 1ª Instância - Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, visando a contratação de empresa para a prestação de serviços de limpeza e conservação.

2. A principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.

3. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos.

4. A impessoalidade opera-se *pro populo*, impedindo discriminações, e contra o administrador, ao vedar-lhe a contratação dirigida *intuitu personae*.

5. Hipótese em que restou caracterizada a vantagem para a Administração Pública, consubstanciada no menor preço global a influir no desate do processo licitatório. Insto porque, *in casu*, verifica-se nas informações juntadas às fls. 428/431, que a empresa vencedora, em sua proposta, embora não tenha discriminado o valor de todos os itens necessários à execução do serviço, colocou-os sem ônus para a Administração, senão vejamos: "Caso haja necessidade, serão fornecidos outros materiais e equipamentos não elencados abaixo, conforme necessidade da unidade, sem ônus para a Administração." Consectariamente, resta caracterizada a vantagem

para a Administração Pública, consubstanciada no menor preço global a influir no desate do processo licitatório.

6. Recurso ordinário desprovido (BRASIL, 2005a, grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS.

Contrato celebrado entre Município e empresa particular, no qual o prefeito municipal consta como sócio.

Merece subsistir o entendimento da Corte de origem, no sentido de que o contrato entre a Prefeitura Municipal e a empresa da qual o prefeito é sócio, **está eivado de ilegalidade**, seja em virtude da necessidade de prévia licitação, seja em decorrência da inequívoca **afronta aos princípios administrativos que sempre devem nortear o Administrador público, notadamente a moralidade e a impessoalidade administrativa.**

Não prospera o argumento no sentido de proibição ao enriquecimento ilícito, uma vez que não deve ser invocado por aquele que firmou contrato com a Administração Pública, em nítida afronta ao princípio da moralidade e constatada má-fé. No mesmo sentido, confira-se: REsp 579.541, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/4/2004.

O Tribunal a quo decidiu o feito de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2005b, grifo nosso).

Com relação ao princípio da moralidade, a administração pública deve possuir:

Comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade (DI PIETRO, 2024, p. 418).

O princípio da moralidade carrega consigo uma moralidade jurídica, e não a moralidade comum, pois é possível que a lei seja cumprida de modo moral ou imoral. Sublinha-se que essa moralidade administrativa possui conteúdo jurídico, com fulcro em regras e princípios administrativos (SILVA, 2017, p. 679-689).

Esse princípio impõe ao gestor público o dever de observar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, vez que a moralidade é pressuposto de validade dos atos administrativos, ou seja, não basta o simples cumprimento estrito da lei (MORAES, 2019, p. 367).

Nesse ponto, tem-se que a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa qualificada, vez que seu descumprimento consiste numa imoralidade qualificada pelo dano à fazenda pública (SILVA, 2017, p. 680).

Está umbilicalmente associado a uma atuação proba do administrador público, pois a inobservância do princípio da moralidade administrativa implica em atos de improbidade, previstos no artigo 37, § 4º da Constituição Federal (MORAES, 2019, p. 369).

Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (artigo 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria [...]

O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Portanto, o princípio da moralidade impõe ao gestor público e aos licitantes o dever de terem uma conduta honesta e honrada, ou seja, são insuficientes o mero cumprimento da lei e a conformação do ato administrativo à regra legal (BITTENCOURT, 2021, p. 108).

Noutros termos, a Carta Magna pátria, ao incorporar ao sistema jurídico o princípio da moralidade como um vetor da atuação dos agentes públicos, previu a proteção à moralidade e, como consequência, a responsabilização do agente imoral ou amoral (MORAES, 2019, p. 368).

Nesse mesmo sentido é a lição de Licínia Rossi:

O procedimento licitatório deve desenvolver-se conforme os padrões éticos, pautados nos ideais de honestidade, boa-fé, lealdade e probidade. Inclusive, se assim não for, a CF, em seu art. 37, § 4º, e a Lei n. 8.429/92 define as consequências (sanções) para aquele que cometer atos de improbidade administrativa (ROSSI, 2022, p. 740).

O princípio da publicidade, por sua vez, determina a divulgação do procedimento licitatório e dos vários atos de suas fases, tanto para conhecimento dos interessados, como para possibilitar sua fiscalização (DI PIETRO, 2024, p. 418).

Esse princípio impõe à administração pública dar transparência aos seus atos, de modo a permitir que os administrados possam saber como estão agindo os

gestores públicos; admitindo-se ações sigilosas apenas em relação aos atos necessários à segurança da sociedade e do estado (SILVA, 2017, p. 681).

O princípio da publicidade tem prioridade no âmbito da administração pública, é um dos vetores inafastáveis de sua atuação, por determinar a divulgação dos atos administrativos, com o objetivo de se evitarem os problemas decorrentes de processos arbitrariamente sigilosos e, ainda, possibilitar os devidos recursos administrativos ou ações judiciais (MORAES, 2019, p. 369).

Ele determina a realização de plena transparência dos atos da administração pública. A publicidade é condição para eficácia da licitação, do contrato administrativo, dos direitos decorrentes da licitação e - repita-se - de um amplo controle por parte da sociedade e dos interessados diretos (BITTENCOURT, 2021, p. 109-110).

Importa mencionar que o princípio da publicidade, no âmbito da licitação, determina o dever de transparência em prol da coletividade e, em especial, dos licitantes. Assim, não pode haver licitação sigilosa, pois quando a situação assim exigir, ocorrerá a contratação direta, nos termos da lei (ROSSI, 2022, p. 742).

Urge destacar que a nova lei de licitações e contratos administrativos expressamente permite o sigilo provisório ou a publicidade diferida:

A publicidade é a regra nas licitações, ressalvados casos de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da Lei (art.13 da nova lei de licitações). Em duas hipóteses, a nova lei de licitações prevê o sigilo provisório ou a publicidade diferida (art. 13, parágrafo único): a) conteúdo das propostas até a respectiva abertura; e b) orçamento estimado da contratação (OLIVEIRA, 2023, p. 45).

O princípio da eficiência sinaliza ao gestor público a necessidade de obter os melhores resultados com os poucos recursos que possui, é dizer, a eficiência administrativa é alcançada quando se utiliza, da melhor forma possível, o pessoal, os materiais e os recursos institucionais na satisfação das necessidades públicas (SILVA, 2017, p. 683).

Assim, o gestor público deve sempre buscar a excelência, a qualidade:

O princípio da eficiência impõe à administração o exercício de suas atribuições de forma imparcial, transparente, eficaz e sem burocracia, sempre em busca da qualidade (BITTENCOURT, 2021, p. 110).

Por esse princípio, o gestor público tem o dever de alcançar o resultado almejado, esperado, no exercício de seu mister, observando a igualdade de todos perante a lei, de forma objetiva e imparcial. Nesse sentido, Alexandre de Moraes apresenta o seguinte conceito:

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdício e garantir-se uma maior rentabilidade social (MORAES, 2019, p. 372).

Urge destacar a necessária interligação do princípio da eficiência com os princípios da razoabilidade e da moralidade, vez que o gestor público precisa agir de forma razoável e moral na consecução de suas atividades administrativas (MORAES, 2019, p. 372-373).

Rafael Oliveira entende que o princípio da eficiência engloba os princípios da celeridade e da economicidade; sublinhando-se que princípio da eficiência se encontra previsto em diversas partes da nova lei de licitações e contratos administrativos, como nos artigos 22, caput e § 1º, e 144 da nova lei¹⁶ (OLIVEIRA, 2023, p. 46-47).

Fazendo uma correlação do princípio da segregação de funções com os da moralidade e da eficiência, Rafael Oliveira preleciona que:

O princípio da segregação de funções, previsto no artigo 5º da Lei 14.133/2021, consiste na distribuição e na especialização de funções entre os diversos agentes públicos que atuam nos processos de licitação e de contratação pública, com o intuito de garantir maior

¹⁶ Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato (BRASIL, 2021).

especialização no exercício das respectivas funções e de diminuir os riscos de conflitos de interesses dos agentes públicos. Verifica-se, portanto, que o referido princípio possui relação com os princípios da eficiência e da moralidade (OLIVEIRA, 2023, p. 47).

3.2. PRINCÍPIOS LEGAIS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A Lei nº 14.133, de 2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos, em seu artigo 5º, enumera, de forma expressa, vinte e dois princípios a serem aplicados quando do cumprimento dessa lei, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável (Brasil, 2021).¹⁷

Veja-se que alguns princípios elencados pela nova lei de licitações e contratos administrativos são princípios do direito administrativo como um todo e, dessa forma, devem ser observados em qualquer prática administrativa. Tal ocorre, a título de exemplo, com os princípios constitucionais postos no artigo 37, caput da Constituição Federal. Ou seja, a licitação pública, por se tratar de autêntico processo administrativo, deve obedecer aos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública (OLIVEIRA, 2023, p. 37).¹⁸

Em sintonia com o disposto no artigo 37 da Carta Magna, a nova lei de licitações e contratos administrativos determina que o processamento e julgamento dos procedimentos licitatórios observem vários princípios jurídicos, bem como o

¹⁷ O professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira entende que o legislador ampliou esse rol desnecessariamente sob o argumento de que seu caráter é exemplificativo: “o rol de princípios expressos não afasta, naturalmente, outros princípios aplicáveis à administração pública, tal como ocorre, por exemplo, com o princípio do formalismo moderado que, apesar de não constar expressamente do art. 5º, deve ser observado nas licitações e contratações públicas, conforme demonstra o artigo 12, III, da Lei 14.133/2021” (OLIVEIRA, 2023, p. 37).

¹⁸ Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, alguns desses princípios são questionáveis quanto à sua caracterização como norma-princípio, vez que estão inseridos em outros princípios positivados na legislação brasileira, como o princípio da eficiência, do qual derivam a celeridade e a economicidade, e o princípio da publicidade que engloba a transparência (OLIVEIRA, 2023, p. 37-38).

disposto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB)¹⁹ (BITTENCOURT, 2021, p. 107).

Os princípios constituem uma das partes mais importantes da nova lei de licitações, merecendo o devido destaque, pois realçam parâmetros morais e éticos e estabelecem os objetivos da lei. É comum a interpretação e aplicação desses princípios quando da análise sobre a validade dos atos praticados no curso de uma licitação pública (BITTENCOURT, 2021, p. 107).

Repisa-se que os cinco primeiros princípios são os mesmos previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

Em relação ao princípio do interesse público, esse interesse deve ser interpretado como um interesse da coletividade, o qual pode variar em função do lugar e do interesse do caso concreto (BITTENCOURT, 2021, p. 110).

A incorporação do interesse público como um dos pilares do direito administrativo significa que ao Estado incumbe voltar-se para a defesa dos interesses da população como um todo (DI PIETRO, 2024, p. 37).

Parcela da doutrina pátria chega a afirmar que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público consistem no fundamento do regime de direito administrativo; o que acarreta ser vedado ao agente público escolher entre cumprir ou não cumprir o interesse público (JUSTEN FILHO, 2023, p. 38).

Observa-se que esse princípio perpassa as atividades estatais, atingindo diretamente o poder de polícia administrativo e as atividades econômicas. Noutros termos:

O interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção no domínio econômico; por meio deles, o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar o interesse da coletividade (DI PIETRO, 2024, p. 67).

Aqui, urge pontuar que o conceito de interesse público não é uniforme na doutrina, exigindo-se a devida discussão para sua correta compreensão e aplicação pelos agentes públicos. Assim:

¹⁹ Decreto-Lei recentemente atualizado pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a qual, conforme expresso em sua ementa, incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (BRASIL, 2018).

Por ser um conceito jurídico indeterminado, o denominado “interesse público” não possui uma noção unívoca e homogênea. De qualquer forma, ainda que assim seja, é possível extrair da expressão uma “certeza negativa” (aquilo que certamente não é interesse público) e uma “certeza positiva” (aquilo que certamente constitui interesse público). Entre essas duas “zonas de certezas”, existe a chamada “zona de penumbra” ou “de incerteza” em que a definição do interesse público só poderá ser dada no caso concreto.

Certamente, não se pode confundir interesse público com interesse da Administração Pública (zona de certeza negativa), esse último, classificado alhures como secundário. Apenas o interesse público primário pode ser considerado como objetivo finalístico da atuação administrativa, porque é o que legitima a própria criação do Estado. Não se está negando a importância que a arrecadação tem para o erário, mas tal fato tem caráter apenas instrumental e não pode servir de fundamento para justificar eventual ato ilegal da Administração. Assim, por exemplo, a Administração não pode deixar de pagar suas dívidas, sob o argumento de que isso é bom para o interesse público secundário (OLIVEIRA, 2013, p. 132-133).

O princípio da probidade administrativa, por sua vez, exige que o gestor público atue com honestidade no seu modo de proceder (DI PIETRO, 2024, p. 418).

Para Sidney Bittencourt, o princípio da probidade administrativa é distinto da moralidade, pois aquele impõe ao gestor público que tenha uma atuação correta, proba, com qualidade de modo a não causar prejuízo ao erário, ou seja:

Apesar de confundir-se bastante com a ideia de moralidade, distingue-se pela prática de atos que implicam o prejuízo da administração, em face da má qualidade gerencial, ao contrário da moralidade, que se situa no campo ético e, em casos extremos, no campo da honestidade (BITTENCOURT, 2021, p. 111).

O princípio da igualdade, também previsto no artigo 5º da Constituição Federal, determina que todos os possíveis interessados tenham as mesmas oportunidades nos procedimentos licitatórios. Sidney Bittencourt ensina que:

Sobre o princípio, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) já deliberou no sentido de que a lei pode distinguir situações, sem violação do princípio da igualdade, a fim de conferir um tratamento diverso do que atribui a outro. Para que possa conferi-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio (BITTENCOURT, 2021, p. 111).

O princípio da igualdade é basilar das licitações públicas. Ele proíbe a existência de condições que deem preferência a determinados licitantes, pois busca

proporcionar igualdade de direitos aos interessados e possibilitar que a administração pública selecione a melhor oferta (DI PIETRO, 2024, p. 412).

Também chamado de princípio da isonomia, intrinsecamente ligado ao princípio da impessoalidade, impõe ao gestor público agir de modo não discriminatório em relação aos licitantes, ou seja, deve proporcionar igualdade de condição a todos os interessados. Acrescente-se que esse princípio também possui forte ligação com a competitividade, vez que sua mitigação implica na diminuição dos interessados na licitação pública (OLIVEIRA, 2023, p. 39-40).

A observância do princípio da igualdade possui enorme aplicação nas contratações do poder público ao vedar a imposição de restrições desmedidas ou aceitação de ofertas não definidas previamente:

Esse princípio é relevante, pois impede restrições abusivas feitas pela administração para certas empresas contratarem com ela. Pela igualdade é conferida oportunidade de disputa a quaisquer interessados. Como consequência deste princípio, se um licitante oferecer uma vantagem que não estava prevista no ato convocatório, a administração pública não poderá levar em consideração, pois violaria o princípio da igualdade (ROSSI, 2022, p. 741).

Registra-se que, também no campo das licitações públicas, o princípio da igualdade não é absoluto, vez que se admite tratamento diferenciado entre os licitantes:

Lembre-se de que a isonomia pressupõe, por vezes, tratamento desigual entre as pessoas que não se encontram na mesma situação fático-jurídica (tratamento desigual aos desiguais), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, por exemplo, a Constituição exige tratamento diferenciado em relação às cooperativas (art., 5º, XVIII; art. 146, III, "c"; e art. 174, § 2º, da CRFB; Lei 5.764/1971), bem como no tocante às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, "d", e art. 179 da CRFB; LC 123/2006) (OLIVEIRA, 2023, p. 40).

O princípio do planejamento, como o próprio nome indica, exige do gestor que planeje suas ações. O planejamento consiste no conjunto de medidas adotadas para o atingimento dos objetivos esperados, programados. Assim, tem-se que o planejamento das contratações públicas é um dos pontos fundamentais no processo licitatório (BITTENCOURT, 2021, p. 111).

O princípio do planejamento tem por fim racionalizar as contratações públicas, assegurar o alinhamento do órgão ao seu planejamento estratégico e, ainda, subsidiar a elaboração das leis orçamentárias, conforme previsto no artigo 12, VII da Lei 14.133, de 2021²⁰ (ROSSI, 2022, p. 747).

Esse princípio exige toda uma atuação preparatória da administração pública antes de formalizar um contrato administrativo, ou seja:

Assim, nas contratações, a administração deve planejar previamente, de modo a identificar necessidades e, a partir desse diagnóstico, definir todas as especificações que comporão o objeto a ser adquirido. Realizado o planejamento, deverá voltar-se para o mercado e examinar as opções disponíveis, escolhendo a de melhor relação custo-benefício (BITTENCOURT, 2021, p. 112).

Importa ressaltar que o princípio do planejamento se encontra presente em todo o texto da nova lei de licitações e contratos administrativos, é um dever da administração pública decorrente do princípio da eficiência (OLIVEIRA, 2023, p. 42).

O princípio da transparência, por sua vez, determina ampla divulgação ao público dos atos administrativos, salvo nos casos expressamente previstos na Constituição Federal. Ou seja, por tal princípio, que engloba o direito à informação, este previsto no artigo 5º, XXXIII, da Constituição, os atos administrativos praticados no curso das licitações devem ser de conhecimento público, exceto os casos referentes à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei (DI PIETRO, 2024, p. 498-499).

É por força do princípio da transparência que o administrador público tem o dever de disponibilizar ao público em geral os atos administrativos cotidianos e respectivos dados (BITTENCOURT, 2021, p. 113).

Veja-se que a nova lei de licitações e contratos administrativos possui diversos dispositivos que determinam a divulgação de atos administrativos como requisito de validade ou de eficácia jurídica, a saber: artigo 25, § 3º (obrigatoriedade

²⁰ Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias (BRASIL, 2021).

de divulgação dos elementos do edital em sítio eletrônico oficial)²¹; artigo 54 (dever de divulgação do edital e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas)²², artigo 55 (a contagem dos prazos se inicia com a publicação do edital)²³ e artigo 72, parágrafo único (obrigação de divulgação de ato autorizativo e de extrato de contrato nas contratações diretas)²⁴ (DI PIETRO, 2024, p. 498).

Sublinha-se que o princípio da transparência possibilita a realização de controle dos atos administrativos e, dessa forma, reduzir as chances de abusos e de ilegalidade na administração pública (ROSSI, 2022, p. 748).

No que se refere ao princípio da eficácia, registra-se que eficácia é a qualidade do que atinge os resultados definidos, ou seja, é ação que alcança os efeitos desejados. Nas lições de Sidney Bittencourt:

Muito se confunde os conceitos dos princípios da eficácia e da eficiência. O princípio da eficácia configura a concreção dos objetivos desejados por determinada ação do estado, não sendo levados em consideração os meios e os mecanismos utilizados para tanto. Assim, o estado pode ser eficaz em resolver o problema do analfabetismo no Brasil, mas pode estar fazendo isso com mais recursos do que necessitaria. Na eficiência, por sua vez, há clara preocupação com os mecanismos que foram usados para a obtenção do êxito na atividade do estado. Assim, procura-se buscar os meios mais econômicos e viáveis, para maximizar os resultados e minimizar os custos. Em síntese: é atingir o objetivo com o menor custo e os melhores resultados possíveis (BITTENCOURT, 2021, p. 114).

O princípio da segregação de funções, por sua vez, está diretamente associado ao controle interno da administração pública. Noutros termos:

O princípio da segregação de funções configura regra de controle interno que impõe que as funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização dos atos públicos sejam separadas, de modo a minimizar as oportunidades de agentes

²¹ Art. 25 [...] § 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

²² Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

²³ Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de [...]

²⁴ Art. 72 [...] Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

cometerem falhas ou fraudes no curso de suas obrigações funcionais (BITTENCOURT, 2021, p. 114).

Pelo princípio da segregação de funções, é obrigatório haver separação das várias fases do procedimento licitatório, evitando-se que os mesmos servidores atuem nas fases interna (preparatória) e externa (competitiva), ou ainda, na fiscalização de contrato e na apuração de infrações a esse contrato (DI PIETRO, 2024, p. 497).

Porquanto, esse princípio representa mais um instrumento de se reduzir a possibilidade de desvios e fraudes no setor público (BITTENCOURT, 2021, p. 115).

O princípio da motivação impõe ao gestor público que expresse as justificativas de suas decisões, indicando os fundamentos de fato, os fundamentos de direito, as consequências jurídicas e administrativas, conforme artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Nesse ponto, doutrina Di Pietro:

Além dos dispositivos legais em que a motivação é expressamente prevista, é importante lembrar que essa exigência, exatamente por ter a natureza de princípio implícito na constituição é expresso no artigo 2º da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal), é obrigatório em praticamente todos os atos do procedimento licitatório, como nas decisões sobre a habilitação, classificação e desclassificação de licitantes, dispensa e inexigibilidade de licitação, dentre outros (DI PIETRO, 2024, p. 499).

Por esse princípio, tem o gestor público o dever de externar as razões que o levaram a adotar determinada decisão mesmo nos atos considerados discricionários pela doutrina. Nesse sentido:

Hely Lopes Meirelles sustentava que o ato discricionário, editado sobre os limites da lei, conferiria ao administrador público uma margem de liberdade para fazer um juízo de conveniência e oportunidade, que demandaria desnecessidade de motivação. No entanto, o entendimento majoritário - no qual nos encaixamos - perfaz-se no sentido de que, mesmo no ato discricionário, há a condicionante da motivação, de modo que se tenha ciência de qual o caminho a ser adotado pelo administrador (BITTENCOURT, 2021, p. 115).

O princípio da vinculação ao edital determina que a administração pública, além de cumprir os normativos legais aplicáveis às licitações, tem o dever de

observar as normas e condições estabelecidas no respectivo edital licitatório (ROSSI, 2022, p. 744).

Destaca-se que o princípio da vinculação ao edital é de suma importância às licitações públicas, vez que sua inobservância acarreta nulidade. Destina-se à administração pública e aos licitantes, tendo em vista que estes não podem descumprir os requisitos previstos no instrumento convocatório (DI PIETRO, 2024, p. 419).

Tal princípio veda a utilização de critérios distintos daqueles previstos no ato convocatório, de forma a não haver surpresas aos licitantes após iniciado o procedimento (BITTENCOURT, 2021, p. 115).

Dessa forma, tem-se que o edital é a lei interna da licitação pública, motivo pelo qual deve ser observado pelos agentes públicos e pelos licitantes. O princípio da vinculação ao edital decorre da aplicação do princípio da legalidade (OLIVEIRA, 2023, p. 40).

Neste contexto, sublinha-se que o artigo 25 da Lei nº 14.133, de 2021, prevê expressamente que no edital devem conter os seguintes itens: o objeto da licitação, as regras sobre convocação, julgamento, habilitação, recursos e penalidades, as regras sobre a fiscalização e gestão do contrato, as condições de entrega do objeto e as formas de pagamento (BRASIL, 2021).²⁵

Registra-se que a nova lei de licitações aboliu a modalidade convite e assim:

Com a promulgação da nova lei de licitações e a extinção da modalidade convite, o instrumento convocatório passou a ser sinônimo de edital, motivo pelo qual o legislador passou a utilizar a expressão “princípio da vinculação ao edital” (arts. 5º e 92, II, da Lei 14.133/2021) (OLIVEIRA, 2023, p. 40).

O princípio do julgamento objetivo, a seu turno, determina ao administrador público que utilize os critérios previamente definidos no ato convocatório quando do

²⁵ Neste ponto, pontuam-se os seguintes dispositivos da nova lei de licitações e contratos administrativos relacionados ao edital: artigo 15, parágrafos 1º e 4º (adicional a consórcio no valor da habilitação econômico-financeira e possibilidade de limite de pessoas consorciadas); artigo 18, V (edital deve ser elaborado na fase preparatória da licitação); artigo 22, caput e § 3º (possibilidade de previsão de matriz de riscos entre contratante e contratado, sendo obrigatória nas obras e serviços de grande vulto e nos regimes de contratação integrada e semi-integrada); artigo 25, parágrafos 5º, 7º e 9º (possibilidade de se atribuir ao contratado a responsabilidade pelo licenciamento ambiental e realização de desapropriação já autorizada pela administração pública, obrigatoriedade de previsão do índice de reajuste de preço e possibilidade de exigência de percentual de mão de obra composto de mulheres vítimas de violência doméstica ou de egressos do sistema prisional (ROSSI, 2022, p. 744-745).

julgamento, evitando-se o uso de critérios desconhecidos pelos licitantes (BITTENCOURT, 2021, p. 116).

A igual modo, Di Pietro leciona que:

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital (DI PIETRO, 2024, p. 419).

Acrescenta-se que, em obediência ao princípio do julgamento objetivo, à administração pública é vedado decidir uma licitação com base em subjetivismos ou propósitos pessoais de seus agentes, ou seja, os critérios para a seleção da melhor proposta não de ser os mais objetivos possíveis (ROSSI, 2022, p. 745).

Nesse sentido, não bastam que os critérios estejam previstos no edital, é impositivo que sejam objetivos e na forma da lei:

O julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes deve ser pautado por critérios objetivos elencados na legislação. A adoção de critérios subjetivos para o julgamento das propostas é contrária ao princípio da isonomia (OLIVEIRA, 2023, p. 42).

Por óbvio, a objetividade absoluta só é factível de se atingir nas licitações que utilizarem, no tipo de julgamento, o critério preço, vez que, quando esse critério for a qualidade, a técnica ou o rendimento, a objetividade extrema pode não ser alcançada; devendo, no entanto, buscar-se o máximo possível de objetividade (ROSSI, 2022, p. 745-746).

Em relação ao princípio da segurança jurídica, Sidney Bittencourt, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que:

O princípio da segurança jurídica pode ser compreendido como aquele que norteia todo o ordenamento jurídico. Esse princípio é uma das questões principais ao direito, assim é impossível ver o direito sem o princípio da segurança jurídica. No que se refere ao direito administrativo é considerado como o condutor da administração pública (BITTENCOURT, 2021, p. 116).

O princípio da segurança jurídica está expressamente consignado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVI,²⁶ e em leis em sentido estrito, como na nova lei de licitações e contratos administrativos, na lei do processo administrativo no âmbito da administração pública federal (Lei nº 9.784, de 1999, em seus artigos 2º, caput, 53, 54, caput e 55)²⁷ e na lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868, de 1999, em seu artigo 27)²⁸.

Esse princípio, nas lições de Lucas Rocha Furtado (2015, p. 49), veio para impor limites à utilização do princípio da legalidade, em especial nos casos em que a administração pública pretenda anular atos administrativos ilegais que tenham gerado benefícios a terceiros.

Acrescenta-se, ainda, que a segurança jurídica vai além das regras positivadas num determinado sistema jurídico, ela está inserta em toda uma ordem jurídica. Assim:

Segurança jurídica pressupõe uma ordem jurídica e esta não se traduz apenas em regras, senão que em regras sujeitas a princípios, valores e normas que dão integridade e consistência ao sistema fundado na Constituição e nas leis (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2018, p. 85).

No que se refere ao princípio da razoabilidade, em linhas gerais, o gestor público fica obrigado a escolher a solução adequada entre as opções disponíveis (BITTENCOURT, 2021, p. 117).

²⁶ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 1988).

²⁷ Art. 2º **A Administração Pública obedecerá**, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos adquiridos**.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de **que decorram efeitos favoráveis para os destinatários** decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público **nem prejuízo a terceiros**, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração (BRASIL, 1999a, grifo nosso).

²⁸ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e **tendo em vista razões de segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Pelo princípio da competitividade, oriundo do princípio da igualdade, o administrador público não pode restringir o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios (DI PIETRO, 2024, p. 412).

Esse princípio é essencial ao procedimento licitatório, está - repisa-se - atrelado ao princípio da igualdade e determina que todos os licitantes devem estar em igualdade de condições nas contratações com o poder público (BITTENCOURT, 2021, p. 117).

O princípio da competitividade tem sua razão de ser na busca da proposta mais vantajosa à administração pública, razão pela qual a lei veda admitir, prever, incluir ou tolerar situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, conforme artigo 9º, I, "a" da Lei nº 14.133, de 2021 (OLIVEIRA, 2023, p. 38).

Nesse sentido, a melhor proposta para administração tem mais chance de ser obtida quanto maior for a competição entre os interessados, pelas seguintes razões:

A competitividade nas licitações públicas, com a implementação de ampla concorrência entre interessados, impõe a adoção de regras editalícias e contratuais que promovam a ampla participação de potenciais interessados, inclusive com a adoção de exigências que inibam a corrupção e conluio, tal como a formação de cartéis entre os participantes do procedimento licitatório (OLIVEIRA, 2023, p. 39).

O princípio da proporcionalidade, que tem como seu fundamento o excesso de poder, impõe à administração pública que não exceda os limites indispensáveis ao atingimento dos legítimos objetivos da licitação (BITTENCOURT, 2021, p. 118).

O princípio da celeridade, a seu turno, tem por escopo conferir ao procedimento licitatório a devida duração de seu desenvolvimento. Noutros termos:

O princípio da celeridade busca dar agilidade ao procedimento licitatório, objetivando simplificar procedimentos, afastando ao máximo o rigor excessivo e as formalidades desnecessárias (BITTENCOURT, 2021, p. 118).

O princípio da economicidade, também previsto no artigo 70 da Constituição Federal, visa à obtenção do objeto pretendido pelo preço mais vantajoso possível, observando-se a relação custo-benefício (BITTENCOURT, 2021, p. 118).

Pelo princípio do desenvolvimento nacional sustentável, busca-se atingir a sustentabilidade econômica, social e ambiental. Para tanto, o legislador fixou regras

especiais, tais como a fixação de margem de preferência a produtos nacionais e a bens biodegradáveis, reciclados ou recicláveis (OLIVEIRA, 2023, p. 43-45).

Por esse princípio, tem-se que as licitações públicas são instrumentos de fomento do desenvolvimento nacional sustentável. Portanto:

No que concerne às licitações públicas, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável sinaliza que as contratações públicas devem ser usadas como ferramentas de alavancagem de desenvolvimento, promovendo, inclusive, incentivo à produção tecnológica brasileira (BITTENCOURT, 2021, p. 118).

Quanto à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, 1942, alterado pela Lei nº 13.655, de 2018), seu principal objetivo foi aumentar os níveis de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação das normas de direito público, alterando a forma de atuação administrativa do gestor público, devendo, por exemplo, levar em consideração as consequências práticas de seus atos (BITTENCOURT, 2021, p. 123).

Registra-se que a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB ocorrida em 2018 buscou abordar temas de direito público. A redação original dessa norma abordava três partes lógicas: elaboração, interpretação e aplicação das leis, realçando as fontes do direito; conflitos entre leis sobre temas privados e limites da eficácia da lei estrangeira no Brasil e validade e eficácia de alguns atos estrangeiros no território nacional, como as sentenças estrangeiras. Com tal alteração, a LINDB passa a versar sobre temas publicistas, tratando, além das questões processuais (que já constavam da redação original), de questões de cunho material do direito público. Essas alterações visam a regulamentar os deveres e responsabilidade do agente público na aplicação do Direito Constitucional, Administrativo e Tributário (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 341).

Insta realçar que os agentes públicos a que essa norma faz referência em seus artigos 20 a 30 não são aqueles em sentido amplo que possuem vínculo com a administração pública. Para a LINDB:

Os destinatários dos arts. 20 a 30 da LINDB são os agentes públicos por ela mencionados, mas não todos aqueles que possam ser denotados pela expressão no seu sentido comum (...) A LINDB como se encontra hoje reporta-se ora ao agente público, ora à autoridade,

e o significado especial por ela colimado está mais próximo desta do que daquele, na sua acepção ordinária. No sentido especial, para os fins da LINDB, **os agentes a que ela se dirige são aqueles com competência decisória e cujas funções implicam interpretação e aplicação direta da lei** – o que exclui os servidores e empregados subalternos, que cumprem diretamente portarias, instruções e ordens de serviço (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 342, grifo nosso).

Desse modo, os destinatários dessa norma são os membros dos Poderes da República que exercem funções de administração, os ocupantes de cargos de direção e assessoramento superior, os presidentes de autarquias e agências reguladoras, os membros dos colegiados recursais, os agentes que presidem licitações públicas e assinam contratos administrativos, os agentes que baixam normas regulamentares e ordens de serviço, os emissores de pareceres jurídicos e técnicos, dentre outros (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 343).

Sublinha-se que o artigo 20 da LINDB²⁹ condiciona a tomada de decisões com base em valores jurídicos abstratos aos efeitos práticos dessas decisões; valores esses que possuem diversas dimensões conceituais, contemplando os valores, os princípios jurídicos, os direitos humanos e os direitos fundamentais. Dessa forma, o gestor público, o agente dos órgãos de controle e o juiz, ao utilizarem como argumento uma dessas espécies (valores, princípios, direitos humanos e direitos fundamentais), devem indicá-las em sua argumentação e considerarem os resultados no mundo dos fatos que suas decisões causarão (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 349-350).

Noutros termos, esse artigo tem por fim a realização de uma análise quanto aos resultados e conferir certa previsibilidade às decisões tomadas pelos diversos órgãos:

O dispositivo contido no art. 20 da LINDB, conforme inserção feita pela Lei nº 13.655/2018, procurou reforçar o consequencialismo e a previsibilidade na interpretação. Existem decisões de controle que não calculam seu impacto negativo em termos de consequências e, com as novas disposições, pretende-se que as distintas esferas, nelas incluídas os órgãos de controle, examinem as alternativas, as opções e o impacto da decisão (MOTTA; NOHARA, 2019, p. RB-1.1).

²⁹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (BRASIL, 1942).

Constata-se, pois, que essa norma veda expressamente a adoção da ética de Kant, segundo a qual o operador do direito aplica as regras e normas jurídicas sem preocupação alguma com os efeitos de sua decisão: *fiat justitia, pereat mundus*³⁰ (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 351).³¹

Logo, esse dispositivo legal impõe a observância de que as justificativas das decisões não sejam genéricas e que deve haver uma ponderação quanto às consequências das decisões, de modo a se alcançar uma decisão mais ponderada e ajustada. Sublinha-se que a análise dos efeitos práticos da decisão não pode ser tomada como único fundamento da respectiva decisão, vez que há casos em que os resultados se curvarão à correta aplicação do direito, como no caso de uma grande fraude, que exigirá a anulação de um contrato administrativo (MOTTA; NOHARA, 2019, p. RB-1.1).

Acrescenta-se que tal dispositivo legal exige do aplicador da norma que não apenas evidencie os argumentos usados em sua decisão, mas também que a opção escolhida é superior em relação às demais opções existentes, o que deixa a motivação uma operação bem mais complexa ante o dever de trazer à baila os argumentos levados em consideração (MOTTA; NOHARA, 2019, p. RB-1.1).

O artigo 21 da LINDB³², por sua vez, tal qual o artigo 20, faz menção às consequências das decisões no âmbito judicial, de controle e administrativo. O que o distingue é que este artigo 21 se refere às implicações no plano jurídico, e não nos resultados práticos. Objetiva alcançar decisões genéricas de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, ou seja, que não delimitam com clareza a exata extensão de tal decisão, que não indicam com clareza qual parte permanecerá válida e qual será desconsiderada (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 362).

³⁰ Faça-se o Direito, ainda que pereça o Mundo.

³¹ Registra-se que uma análise superficial ou uma abordagem com foco na questão profissional pode conduzir a uma opção pelo consequencialismo em estado puro (ética de resultados); no entanto, o artigo 20 da LINDB não requer isso, mas sim um consequencialismo moderado, aquele que leva em consideração tanto os valores, como os efeitos das decisões (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 354).

³² Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.
Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (BRASIL, 1942).

O parágrafo único do artigo 21 exige a aplicação de uma regra das invalidades: *utile per inutile non vitiatur*³³, ou seja, quando determinado ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa for passível de saneamento, a decisão deve indicar as condições para tal ou, no mínimo, apontar as partes não viciadas pela invalidação (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 363).

Assim, no campo da invalidação dos atos administrativos, a LINDB exige a observância de algumas regras no âmbito do direito público:

São características das regras de direito público da LINDB: (a) preocupação com a consequencialidade, exigindo-se a ponderação dos efeitos para verificar como se dará invalidação do ato; (b) que a regularização do ato inválido seja customizada em função das características do caso concreto, para que não haja imposição de ônus ou perdas anormais e/ou excessivos (MOTTA; NOHARA, 2019, p. RB-1.2).

Desta feita, deve o agente público, diante de uma necessidade de invalidar determinado ato administrativo, buscar uma solução adequada, individualizada ao caso concreto, de modo a ocasionar menos prejuízos, tanto para os administrados, quanto para os interesses gerais (MOTTA; NOHARA, 2019, p. RB-1.2).

Por fim, destaca-se que José Afonso da Silva apresenta o princípio da licitação no âmbito das contratações do poder público e o caracteriza como sendo o princípio pelo qual:

As contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a administração pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o poder público (SILVA, 2017, p. 683).

3.3. A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE

Em razão dos objetivos do presente trabalho acadêmico, apresentam-se, a seguir, algumas considerações adicionais sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

³³ As partes úteis não devem ser prejudicadas pelas partes contaminadas.

Para Luís Roberto Barroso (1996, p. 160), o princípio da razoabilidade tem suas raízes ligadas à garantia do devido processo legal (*due process of law*), instituto do direito anglo-saxão e que remonta à Magna Carta inglesa de 1215.

Discordando desse entendimento, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29) sustenta que nem a regra da razoabilidade nem a regra da proporcionalidade têm suas origens nessa Magna Carta de 1215.

Para ele, foi no tribunal constitucional alemão, em 1971, que surgiu a regra da proporcionalidade para o controle das leis restritivas de direitos fundamentais, de forma estruturada, com estudo sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 30).

De toda forma, no direito americano, o princípio do devido processo legal percorreu duas fases: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*) e a segunda, de caráter substantivo (*substantive due process*), a qual, junto com o princípio da igualdade, constituiu forte instrumento de proteção dos direitos fundamentais. E, fulcrado nessa segunda fase, é que se faz a análise da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das regras jurídicas e dos atos do gestor público em geral (BARROSO, 1996, p. 160-161).

Sublinha-se que a garantia do devido processo legal estava, inicialmente, voltada ao aspecto processual:

Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como direito a advogado e o acesso à justiça para os que não tinham recursos (BARROSO, 1996, p. 161).

Nesse contexto, tem-se que o princípio da razoabilidade engloba uma valoração da atuação da administração pública, sendo sua conceituação mais difícil do que sua percepção. Noutros termos:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que ser conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva (BARROSO, 1996, p. 165).

Portanto, o princípio da razoabilidade impõe ao gestor público que respeite critérios aceitáveis sobre a ótica racional, que atue alinhado com o senso normal de pessoas equilibradas e observe as finalidades do cargo que ocupa, ou seja, não pode praticar condutas desarrazoadas, insensatas, incoerentes ou bizarras. Assim, a discricionariedade conferida pela lei ao gestor público implica na obrigatoriedade de este adotar a providência mais adequada à situação posta (MELLO, 2019, p. 111).

Neste ponto, ensina Sérgio Guerra (2023, p. 106) que, atualmente, as escolhas discricionárias do gestor público ocorrem em situações das mais diversas, o que acarreta atos discricionários de natureza e efeitos distintos. Desse modo, os atos discricionários não podem ser compreendidos e controlados de uma mesma forma, vez que precisam ser examinados sob diversas óticas. E aqui apresenta as seguintes modalidades de discricionariedade administrativa: política, de gestão, tática, técnica, regulamentar e consensual.

A discricionariedade política ocorre quando, com fulcro na Constituição Federal ou em lei, o poder executivo toma suas decisões amparadas em critérios puramente políticos, sob o binômio conveniência e oportunidade. Como exemplos, citam-se a escolha dos requisitos de urgência e relevância na edição de medidas provisórias, nas hipóteses de extradição, na concessão de benefícios fiscais a determinados setores da economia, nos casos de indulto, etc (GUERRA, 2023, p. 106-110).

A discricionariedade de gestão está ligada à execução do orçamento público e da aplicação dos recursos arrecadados pelo poder público, vez que, ainda que haja despesas de caráter obrigatório, a forma de utilização de tais recursos é discricionária, sendo mais presente nas situações de receitas orçamentárias desvinculadas. Tal ocorre no emprego das verbas públicas em serviços, atividades ou obras públicas, na escolha de servidores públicos para participação em eventos de interesse institucional, na seleção de quais equipamentos públicos receberão pintura nova, etc (GUERRA, 2023, p. 113-115).

A discricionariedade tática é a que requer do agente público uma resposta rápida e urgente, tais como nos casos em que policiais precisam atuar ante um perigo para a segurança pública, quando é necessário conter movimentos especulativos no mercado, quando ocorrem desastres naturais ou situações emergenciais e imprevisíveis (GUERRA, 2023, p. 115).

A discricionariedade técnica é aquela em que:

haja uma margem de discricção e subjetividade na eleição de uma solução para o caso concreto, entre outras auferidas segundo critérios técnicos; isto é, discricionariedade técnica estará presente quando os critérios técnicos são suficientes para alcançarem a única solução correta para o caso (GUERRA, 2023, p. 116).

Neste caso, as cortes superiores brasileiras têm sido condescendentes, em boa medida, no controle de situações de certa complexidade técnica, como nos casos de serviços de telecomunicações, de saúde suplementar, na regulação da infraestrutura e do sistema financeiro e nas decisões de comissões de licitação e bancas de concursos públicos (GUERRA, 2023, p. 117-119).

A discricionariedade regulamentar, a seu turno, é aquela conferida ao poder executivo na edição de regulamentos, ao escolher os detalhes e as particularizações na aplicação do direito, na regulamentação das normas (GUERRA, 2023, p. 119-121).

A discricionariedade consensual, por fim, é aquela por meio da qual a administração pública põe fim a um litígio com a adoção de um acordo substitutivo, o qual se dá por meio de negociações e escolhas que encerram determinada irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas (GUERRA, 2023, p. 121-122).

Assim, constata-se que essas modalidades da discricionariedade administrativa possuem seus pilares nos critérios de conveniência e oportunidade, a cargo do gestor público; sendo, a discricionariedade técnica a modalidade que bem se aplica aos procedimentos licitatórios levados a efeito pela administração pública.

Ainda sobre a discricionariedade do administrador público, Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2021, p. 63-65), ao fazerem uma análise entre as regras e a discricionariedade, ensinam que os agentes estatais devem agir respeitando a moralidade interna do direito, ou seja, devem pautar suas ações em sintonia com as regras do Estado de Direito para não que incorram numa discricionariedade não estruturada e arbitrária.

Nesse ponto, constata-se que é imperioso ao agente público atuar de modo a proporcionar a existência de um planejamento e uma previsibilidade às ações e decisões emanadas dos órgãos do estado, de forma a não haver imprevistos ou incompreensões que comprometam o apropriado funcionamento do direito administrativo, ou seja, as capacidades institucionais e as tomadas de decisões

precisam fazer uso da discricionariedade administrativa em harmonia com o sistema administrativo posto (SUNSTEIN; VERMEULE, 2021, p. 62-64).

Dessa forma, o ato administrativo em descompasso com a razoabilidade estará violando a finalidade da lei, o que o torna ilegítimo. Assim:

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei (MELLO, 2019, p. 112).

Acrescenta-se que, para uma norma ser considerada razoável, ela precisa possuir tanto uma razoabilidade interna, como uma razoabilidade externa. Esta impõe à norma que seja compatível com os valores constitucionais explícitos ou implícitos. Enquanto que a razoabilidade interna exige que a norma possua relação racional e proporcional entre seus motivos, seus meios e suas finalidades (BARROSO, 1996, p. 166).

Destaca-se que Luís Roberto Barroso (1996, p. 167-168) não traz uma distinção clara entre razoabilidade e proporcionalidade, vindo a tratar tal princípio como o princípio da razoabilidade-proporcionalidade. E acrescenta que:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do poder executivo. Estudado principalmente na área do direito administrativo, ele funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada (BARROSO, 1996, p. 168).

Com relação ao princípio da proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 114) doutrina que se trata de uma das facetas do princípio da razoabilidade.

Entendendo de modo um pouco diverso, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 32), citando Luís Roberto Barroso, ensina que a "regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins".

A doutrina decompõe o princípio da proporcionalidade em três elementos, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (MELLO, 2019, p. 114).

No mesmo sentido é a lição de Paulo Bonavides (2019, p. 405-407), o qual leciona que o princípio da proporcionalidade possui três elementos ou subprincípios que o compõem: abstinência ou aptidão, que representa a adequação, a conformidade ou a validade do fim pretendido; a necessidade, o que significa que determinada medida não pode extrapolar os limites indispensáveis para se alcançar um fim legítimo; a proporcionalidade *stricto sensu*, significando que determinada escolha deve incidir sobre o meio mais adequado ao conjunto de interesses em jogo.³⁴

Constata-se que o princípio da proporcionalidade também impõe limites à atuação do administrador público se extrapolar o necessário para atingir o fim público. Assim, por força desse princípio:

As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas (MELLO, 2019, p. 113).

Segundo os ensinamentos do jurista Pierre Muller, o princípio da proporcionalidade:

É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado adaptarem todas as suas atividades e os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade (Muller, 1978 apud BONAVIDES, 2019, p. 407).

Abordando a restrição de direitos, Virgílio Afonso da Silva ensina que:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...], empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito

³⁴ No mesmo sentido: BARROSO (1996, p. 168), com o detalhe de chamar o segundo elemento de necessidade ou exigibilidade.

fundamental ou de um interesse coletivo implica restrição de outro ou outros direitos fundamentais (SILVA, 2002, p. 24).

Prossegue ensinando que as sub-regras da regra da proporcionalidade estão relacionadas entre si de forma subsidiária e que há uma sequência lógica para sua análise: primeiro, a sub-regra da adequação; em seguida, a da necessidade; por último, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 34).³⁵

Quanto à primeira sub-regra, determinado meio é adequado se ele fomenta o atingimento do objetivo pretendido (SILVA, 2002, p. 36-37).

Em relação à sub-regra da necessidade, Silva apresenta a fórmula de otimização de Vilfredo Pareto (eficiência de Pareto), segundo a qual:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 38).

Nesse sentido acrescenta ainda que "a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é claro: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto" (SILVA, 2002, p. 38).

Por fim, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito "consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva" (SILVA, 2002, p. 40).

Interessante sublinhar que José Virgílio da Silva não chama de princípio da proporcionalidade, mas de regra da proporcionalidade.

³⁵ Sustenta Silva que a aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF não é feita de forma racional e estruturada, resumindo-se a uma aplicação um pouco simplista. Para ele, o STF apenas equipara as regras de proporcionalidade e razoabilidade, utilizando a fórmula de que o que não extrapola os limites do razoável é proporcional. Acrescenta, ainda, que, quando o STF aplica a regra da proporcionalidade, não faz a devida análise da sua adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 30-34).

Nesse ponto, respondendo ao questionamento a respeito da caracterização, ou não, do dever de proporcionalidade como um princípio, Humberto Ávila ensina que:

O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio. Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios (...)

O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. Como já afirmado acima, o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se afirma (ÁVILA, 1999, p. 169-170).

Importa ressaltar que, antes mesmo da edição da nova lei de licitações e contratos administrativos, o Tribunal de Contas da União - TCU determinava o emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no âmbito das contratações públicas. Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado:

Afronta os princípios da razoabilidade e da finalidade a utilização, pelo órgão gerenciador, do sistema de registro de preços para realização de contratação única e integral do objeto registrado, ocasionando a extinção da ata na primeira contratação (BRASIL, 2015d).

Aqui o TCU entendeu não ser razoável realizar uma licitação pública para firmar uma ata de registro de preços e, na primeira contratação, o gestor público esgotar os itens nela registrados.

Em outro julgado, o TCU manifestou o seguinte entendimento:

Representação. Pregão presencial para contratação de prestação de serviços. Índícios de restrição à competitividade. Concessão de

cautelar suspendendo o andamento do certame. Oitiva dos responsáveis. Justificativas insuficientes para afastar as irregularidades. Determinação de medidas para anulação do pregão. Outras determinações. A desclassificação de elevado número de licitantes em razão de critério pouco relevante é medida de excessivo rigor formal, que fere o princípio da razoabilidade e restringe o caráter competitivo da licitação (BRASIL, 2009).

Cita-se, ainda, outro julgado do TCU nesse mesmo sentido:

Admite-se, em respeito ao princípio da razoabilidade, a correção de proposta vencedora de pregão, em que haja o detalhamento de encargos trabalhistas obrigatórios sem que tenha havido cotação, desde que não acarrete alteração do valor final da proposta ou prejuízo à Administração e aos demais licitantes (BRASIL, 2011).

No que se refere ao princípio da proporcionalidade, o TCU também o aplica em seus julgados, conforme se vê nos seguintes acórdãos:

As exigências na fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado, de sorte a proteger a Administração Pública de interessados inexperientes ou incapazes para prestar o serviço desejado (BRASIL, 2014).

Portanto, no citado acórdão, o Ministro Relator deixa claro que “**as exigências da fase de habilitação técnica devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado**”, que, no caso em questão, é a contratação de serviços de natureza comum continuados de manutenção predial preventiva e corretiva com fornecimento de postos de serviço. Em última análise, tal serviço não deve ser medido em quantidade de postos já administrados, e sim se a licitante possui comprovadamente capacidade de gerir um posto, ou, que seja, três ou quatro, mas nunca o estipulado no edital (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

Ponderadas essas questões e considerando que, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, o TCU pode reduzir o valor da multa cominada em função do acolhimento de argumentos recursais apresentados em sede de embargos de declaração (Acórdão 3162/2011-TCU-Plenário), entendo que os presentes aclaratórios devem ser parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes também quanto ao valor da multa aplicada ao reitor (BRASIL, 2015e).

4. FASES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS SEGUNDO A LEI Nº 14.133 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS)

O artigo 17 da nova lei de licitações e contratos administrativos prevê, de forma expressa, sete fases para o correto desenvolvimento de uma licitação pública: preparatória, divulgação do edital, apresentação das propostas e lances, julgamento, habilitação, recurso e homologação (BRASIL, 2021).

Sendo um procedimento administrativo, a licitação é constituída de diversas fases, por meio das quais se realiza a função seletiva. A nova lei de licitações e contratos administrativos, diversamente do que ocorria na Lei nº 8.666, de 1993, inseriu, como regra geral, a fase de julgamento das propostas em momento anterior à fase de habilitação dos licitantes, evitando, assim, perda de tempo com a análise da documentação de todos os licitantes (CARVALHO FILHO, 2023, p. 208).

Dessa forma, a nova lei, mantendo a tradição do pregão e do regime diferenciado de contratação, utilizou como regra a inversão das fases de habilitação e julgamento, ou seja, primeiro se julgam as propostas para, depois, verificar habilitação apenas do licitante classificado em primeiro lugar (NOHARA, 2023, p. 335).

Portanto, na nova lei de licitações e contratos administrativos, em todas as modalidades licitatórias, a fase de julgamento das propostas, como regra, antecede a de habilitação, inversão esta não mais restrita apenas ao pregão como outrora ocorria.

Nos termos da nova lei de licitações e contratos administrativos (artigo 28), tais modalidades licitatórias são as seguintes: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. Registrando-se que, por expressa determinação legal (artigo 28, § 2º), é vedada a criação de outras modalidades ou a combinação destas, de modo a não se criarem figuras anômalas (BRASIL, 2021).

Esta nova sequência procedimental nas licitações públicas, ao incorporar o rito procedimental do pregão, agilizou os trâmites administrativos no âmbito da administração pública ao inovar e simplificar o rito:

Assim, as regras do pregão trouxeram inovação e simplicidade no que tange ao procedimento licitatório, destacando-se pela inversão das fases de habilitação e classificação dos licitantes, permitindo que

seja examinada somente a documentação do participante que tem apresentado a melhor proposta (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 120).

Essa uniformização das fases das licitações públicas simplificou o rito procedimental, sendo um avanço em comparação à legislação anterior. Assim:

Embora cada modalidade licitatória tenha as suas peculiaridades, a Lei n. 14.133/2021 tentou unificar as fases do procedimento licitatório, permitindo uma maior segurança jurídica durante o procedimento e facilitando a atuação do gestor público. No microssistema normativo anterior, muitas críticas eram formuladas pela ausência de uniformidade e pela dificuldade de compreensão de cada fase, o que tenta ser sanado na legislação de 2021 (FERREIRA FILHO, 2022, p. 31).

A fase preparatória do procedimento licitatório é aquela que se desenvolve no âmbito interno da administração pública, é a fase destinada à instrução da licitação, onde devem ser adotadas considerações técnicas, de mercado e de gestão necessárias. Aqui se aplica o princípio do planejamento, em harmonia com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias do órgão ou entidade públicos (FERREIRA FILHO, 2022, p. 32).

Essa instrução deve ser efetivada por alguns elementos previstos expressamente na norma licitatória:

A lei aponta vários dados necessários à instrução, como estudo técnico preliminar, definição do objeto e das condições de pagamento e de execução. Inclui-se também o orçamento estimado, fundamental para aferir a capacidade de cumprimento da administração. Deve ser juntada a minuta do edital, já que este é que rege a licitação, bem como a minuta do contrato, anexa ao edital, serve para que interessados verifiquem previamente os termos do ajuste. Os regimes e a modalidade de licitação também precisam ser acostados no processo (CARVALHO FILHO, 2023, p. 208).

O artigo 18 da nova lei de licitações e contratos administrativos prevê os seguintes artefatos para a fase preparatória: descrição da necessidade da administração constante de estudo técnico preliminar; descrição do objeto que atenda tal necessidade, por termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo; especificação das condições de execução e pagamento, das garantias e condições de recebimento; orçamento estimado; elaboração do edital; elaboração da minuta de contrato; regime de fornecimento de bens, da prestação de

serviços ou da execução de obras e serviços de engenharia; modalidade licitatória, critério de julgamento e modo de disputa; motivação detalhada de exigências constantes do edital, como exigências de qualificação técnica, de qualificação econômico-financeira, dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas e justificativa das regras para os consórcios; análise dos riscos que possam atingir a licitação e, por fim, a motivação do momento da divulgação do orçamento estimado, se escolhido o orçamento sigiloso (BRASIL, 2021).

Assim, a fase preparatória, que, repita-se, é produzida internamente na administração pública, deve coletar os subsídios necessários para o lançamento externo da licitação. É nessa fase que ocorre o planejamento do processo licitatório, com o objetivo de resolução do problema a que a licitação se propõe a sanar (FERREIRA FILHO, 2022, p. 31).

Essa fase deve levar em consideração todas as questões de ordem técnica, mercadológica e de gestão que tenham potencial de interferir na futura contratação (TORRES, 2022, p. 138).

É nessa fase que é produzido o estudo técnico preliminar (ETP), documento que integra essa primeira etapa do planejamento da contratação pública, serve para caracterizar o interesse público, a melhor solução e é base para o anteprojeto, projeto básico ou termo de referência. Dessa forma:

A função do ETP é agregar novos elementos de planejamento, avaliando, entre outras coisas: as soluções disponíveis no mercado para o atendimento da pretensão contratual, eventuais requisitos necessários à contratação, ponderações sobre a modelagem contratual (como em relação ao parcelamento ou não da solução, contratação com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra, entre outros (TORRES, 2021, p. 139).

Nesse sentido, o planejamento adequado e necessário para a posterior contratação pública está intrinsicamente associado a essa fase da licitação, pois este planejamento deve abordar a previsão das necessidades, das soluções disponíveis e cabíveis, da avaliação dos riscos e da escolha de qual solução melhor satisfaz o interesse público (JUSTEN FILHO, 2023, p. 269).

Registra-se que essa fase, que contempla todo um planejamento da administração pública, está diretamente associada ao princípio da motivação e ao controle dos atos da administração pública:

A justificação da contratação é elemento que permite a concretização do princípio da motivação e viabiliza também um controle mais efetivo dos atos administrativos. O estudo técnico preliminar (ETP) deve indicar essa necessidade de maneira clara para apontar que a contratação está sendo realizada com o intuito de cumprir o interesse público e com um planejamento adequado (FERREIRA FILHO, 2022, p. 32).

Outro elemento essencial dessa fase é a pesquisa de preços do bem ou serviço a ser licitado, vez que balizará todo o julgamento das propostas dos licitantes e é constantemente alvo de análise pelos órgãos de controle:

É importante realçar a compatibilidade de mercado, ou seja, a adequação entre o valor previamente estimado do contrato e os preços de mercado, observados todos os bancos de dados e considerada a economia de escala. Esse é um setor importante na instrução para que o órgão responsável não estime preço inexequível ou sobrepreço para bens, serviços e obras (art. 23). A verificação em foco alcança, inclusive, as contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 23, § 4º). A pesquisa de preços é elemento fundamental para a estimativa a ser feita pela Administração, sendo exigência costumeiramente mencionada pelas Cortes de Contas (CARVALHO FILHO, 2023, p. 209).

Quanto ao orçamento estimado da licitação, seguindo o previsto no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e na Lei das Estatais, a nova lei de licitações e contratos administrativos previu expressamente a possibilidade de a administração pública, justificadamente, não divulgar o orçamento estimado para a licitação. Assim:

O art. 24 traz o sistema do orçamento sigiloso, inspirado no RDC (Lei nº 12.462/2011) e na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). Assim, prevê que, desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, e, nesse caso, o sigilo não prevalecerá para os órgãos do controle interno e externo. Contudo, no caso da nova lei, o orçamento sigiloso é adotado de forma facultativa e mediante justificativa (NOHARA, 2023, p. 339).

Acrescente-se que o uso do orçamento sigiloso deve ocorrer sob uma análise econômica, e não como uma forma de não dar publicidade à estimativa de custos da licitação. Essa postergação deve ser empregada como uma estratégia de negociação em que a administração pública, ao não divulgar o preço máximo ou mínimo aceitável, busca obter certa vantagem negocial (TORRES, 2021, p. 176).

Na sequência, tem-se a confecção do edital da licitação, que é o instrumento que contém o objeto do certame e as regras relativas ao procedimento licitatório, à gestão do contrato, à entrega do objeto e ao pagamento. Essas regras vinculam tanto os licitantes como a própria administração pública, vez que é o edital que discrimina os direitos e obrigações de todos os participantes (TORRES, 2021, p. 183-184).

Nesse aspecto, o artigo 25 da nova lei de licitações e contratos administrativos elenca os principais itens do edital e do futuro contrato, a saber:

Art. 25. O edital deverá conter o **objeto da licitação** e as **regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento**.

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará **minutas padronizadas** de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

[...]

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá **prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade** pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:

I - obtenção do **licenciamento ambiental**;

II - realização da **desapropriação** autorizada pelo poder público.

[...]

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de **índice de reajustamento de preço**, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

[...]

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que **percentual mínimo da mão de obra** responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: I - mulheres vítimas de violência doméstica; II - oriundos ou egressos do sistema prisional (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Em síntese, esse artigo 25 da nova lei elenca os itens mínimos obrigatórios a constarem do edital, sublinhando-se a dificuldade de se prever uma lista com todos os itens que ele pode conter. Nesse ponto, doutrina Justen Filho:

É problemática uma definição abrangente de todo o conteúdo possível do edital. Mas nele há seis núcleos fundamentais, cuja inexistência acarreta a invalidade do ato. O edital deve, necessariamente, conter disciplina sobre:

- o **procedimento** a ser adotado na licitação;
- as **condições de participação** dos interessados no certame;
- os **requisitos de aceitabilidade** das propostas;
- os **critérios de seleção** da proposta mais vantajosa;
- a futura contratação, inclusive com a **minuta do contrato**;
- as **sanções aplicáveis** aos casos de descumprimento do contrato (JUSTEN FILHO, 2023, p. 272, grifo nosso).

Adverte-se que, para dar concretude aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo, a administração pública deve prever no edital todas as regras de disputa, ou seja, de modo a se realizar um planejamento completo, íntegro e que possibilite alcançar o resultado mais vantajoso para a administração pública (FERREIRA FILHO, 2022, p. 35).

Concluindo a fase preparatória, o processo licitatório deve ser encaminhado à assessoria jurídica para a devida análise jurídica e controle prévio de legalidade da contratação. Essa etapa de análise jurídica é uma determinação legal que está explicitamente disposta no artigo 53 da nova lei de licitações e contratos administrativos, nos seguintes termos:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o **órgão de assessoramento jurídico** da Administração, que realizará **controle prévio de legalidade** mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da administração deverá:

- I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;
- II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, **com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação** e com exposição dos **pressupostos de fato e de direito levados em consideração** na análise jurídica (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Dessa forma, a assessoria jurídica da administração deve realizar, por meio de parecer jurídico, controle prévio de legalidade, o que também se aplica às

contratações diretas, aos acordos, aos termos de cooperação, aos convênios, aos ajustes, às adesões a atas de registro de preços, a outros instrumentos congêneres e respectivos termos aditivos (NOHARA, 2023, p. 335).

Neste ponto, deve o órgão jurídico emitir seu parecer, sem, no entanto, substituir o gestor público nos critérios de conveniência e oportunidade da contratação nem o setor técnico quanto à solução eleita. Nesse prisma:

A natureza jurídica desse controle prévio de legalidade exige a percepção de duas interessantes nuances: primeira, a análise do órgão de assessoramento jurídico, quando necessária, deverá ser prévia, anterior à divulgação do edital de licitação, oportunidade ou momento similar ao indicado outrora pela Lei nº 8.666/93. Por outro lado, diferentemente do que ocorreu na Lei anterior, a análise jurídica não se restringe à aprovação das minutas, pois há uma análise jurídica da legalidade da contratação (TORRES, 2021, p. 286).

Sublinha-se que a lei permite a dispensa da análise jurídica se a contratação em questão envolver baixo valor, baixa complexidade da contratação, entrega imediata do bem ou o uso de minutas de editais e instrumentos de contrato ou convênio previamente padronizados pela assessoria jurídica (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 183).

Nessa fase, no que tange à responsabilidade do parecerista jurídico, abordando a questão da omissão ou do erro grosseiro na confecção do parecer jurídico, Irene Nohara leciona que:

Existe um consenso acerca da possibilidade de responsabilização da assessoria quanto à omissão na expedição do parecer, sendo mais discutível, no entanto, a possibilidade de responsabilização diante da existência do parecer da assessoria. Como a lei determina um dever de exame prévio e de aprovação das minutas do edital pela assessoria, considera-se possível o reconhecimento da responsabilidade solidária no parecer favorável à contratação viciada, se aquele que o elaborou foi omissor ou cometeu grave infração à norma legal, conforme Acórdão nº 1.424/2003 (NOHARA, 2023, p. 336).

Some-se a isso a expressa previsão do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro no sentido de que o agente público responde por suas decisões e opiniões técnicas nos casos de erro grosseiro ou dolo (NOHARA, 2023, p. 337).

A fase seguinte é a da divulgação do edital de licitação, que consiste no momento no qual se torna público todo o procedimento licitatório e suas regras, regras estas que devem ser inteligíveis e possibilitar a participação do maior número possível de licitantes interessados (FERREIRA FILHO, 2022, p. 31).

Essa publicidade do edital deve ocorrer por meio da sua divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e a publicação de extrato desse edital em diário oficial e jornal diário de grande circulação, nos termos do 54 da Lei nº 14.133, de 2021 (BRASIL, 2021).

O edital de um procedimento licitatório é também chamado de lei interna da licitação, por ser o instrumento que publiciza o processo licitatório e suas regras, porém, não se trata de lei no sentido formal. Assim:

Note-se, contudo, que o edital não é lei no sentido técnico da palavra, pois não vale de forma genérica, como a lei de licitações e contratos, mas apenas para determinada licitação, o que lhe confere natureza jurídica mais próxima de ato administrativo em sentido amplo (NOHARA, 2023, p. 340).

Nesse aspecto, abordando a função do edital e sua força vinculante para a própria administração pública e para os licitantes, ressaltando o término do poder discricionário do gestor público, Justen Filho doutrina que:

O edital de licitação **apresenta uma função normativa**. Contém as regras que disciplinam o procedimento licitatório propriamente dito e as condutas da Administração e das partes, inclusive no tocante à futura contratação [...]

As normas contempladas no edital **apresentam eficácia vinculante para a Administração e para os particulares**. Há um conjunto de temas que são objeto de disciplina por parte do edital. Essas soluções contempladas no edital são de observância obrigatória pela própria Administração [...]

A eficácia vinculante do edital relaciona-se diretamente ao **exaurimento da discricionariedade da Administração**. Ao longo da fase de planejamento, a Administração é investida de autonomia para conceber as soluções normativas a serem observadas. Essa autonomia se traduz em escolhas que são formalizadas nas regras do edital. **Elaborado o edital e promovida a sua divulgação, a Administração se vincula a seus termos. Não dispõe de autonomia para ignorar as regras que ela própria, Administração, consagrou no edital** (JUSTEN FILHO, 2023, p. 272, grifo nosso).

Terminada a fase de divulgação do edital, inicia-se a de apresentação de propostas e lances pelos licitantes, observando os prazos mínimos expressamente

estabelecidos pela Lei nº 14.133, de 2021³⁶. Destaca-se que, em havendo inversão de fases (situação de caráter excepcional), ou seja, ocorre primeiro a habilitação e após o julgamento das propostas, devem ser enviados concomitantemente os documentos de habilitação e de proposta (OLIVEIRA, 2023, p. 268).

É na fase de apresentação de propostas e lances que os participantes da licitação apresentam as respectivas propostas para os bens e serviços previstos no edital, razão pela qual é imperioso o conhecimento de todas as exigências e requisitos previstos em edital e sua devida observância, pois esta fase guiará a fase subsequente (FERREIRA FILHO, 2022, p. 31).

A apresentação dos respectivos lances, conforme previsto no artigo 56 da nova lei de licitações e contratos administrativos, pode ocorrer pelas seguintes formas de disputa entre os licitantes: a disputa aberta e a disputa fechada. Nesta, as propostas ficam em sigilo até o instante marcado para sua divulgação. Naquela, as propostas são ofertadas por lances públicos e sucessivos. Essas duas formas podem ser aplicadas de forma isolada ou conjunta; sendo vedado o uso isolado da disputa fechada nos casos de menor preço ou maior desconto, bem como vedada a disputa aberta nos casos de técnica e preço (BRASIL, 2021).

Concluída a fase de apresentação das propostas e lances, inicia-se a fase de julgamento. A Lei nº 14.133, de 2021, em seu artigo 33, estabeleceu os seguintes critérios de julgamento das propostas: menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance no leilão e maior retorno econômico (BRASIL, 2021).

³⁶ Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

I - para aquisição de bens:

a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;

b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea “a” deste inciso;

II - no caso de serviços e obras:

a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;

b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;

c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada;

d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a”, “b” e “c” deste inciso;

III - para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance, 15 (quinze) dias úteis;

IV - para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico, 35 (trinta e cinco) dias úteis (BRASIL, 2021).

Sublinha-se que a nova lei de licitações e contratos administrativos, sob inspiração da Lei nº 10.520, de 2020 (lei do pregão), e das leis especiais posteriores (Lei nº 12.462, de 2011 - Lei do RDC - e Lei nº 13.303, de 2016 - lei das empresas estatais), definiu que o julgamento das propostas é anterior à fase de habilitação; sendo possível, de modo excepcional, mediante a devida motivação expressamente lançada no edital, que a habilitação ocorra antes do julgamento (OLIVEIRA, 2023, p. 271).

É nessa fase que a administração pública verifica qual é o lance mais vantajoso e, na sequência, realiza a análise da conformidade com os requisitos mínimos previstos no edital tão somente da proposta melhor classificada. Assim:

A fase de julgamento é aquela em que administração, após o regime de verificação comparativa entre as propostas dos licitantes, realiza a seleção da mais adequada à futura contratação. É indispensável o exame de conformidade entre as propostas e as exigências do edital. Para não desperdiçar tempo, no entanto, a lei admite que esse exame seja feito exclusivamente com a proposta mais bem classificada (CARVALHO FILHO, 2023, p. 214).

Portanto, na fase de julgamento, a administração pública realiza a verificação da adequação da proposta aos requisitos previstos no edital e às condições de mercado. Havendo desconformidade, ocorre a desclassificação da proposta do licitante, conforme disposto no artigo 59 da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contiverem vícios insanáveis;
- II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;
- III - apresentarem preços manifestamente inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;
- IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;
- V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável (BRASIL, 2021).

Ou seja, são fatores que ensejam essa desclassificação o não atendimento dos requisitos e exigências previstas no edital, desde que o licitante não consiga corrigir a falha apontada pela administração pública ou comprovar que sua proposta está de acordo com requisitos editalícios e com as normas legais vigentes.

Finalizado o resultado do julgamento, o gestor público pode negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado, devendo seu resultado ser divulgado aos demais participantes, juntando-se aos autos do processo licitatório, nos exatos termos do artigo 61 da Lei nº 14.133, de 2021 (BRASIL, 2021).

Portanto, no mesmo formato do regramento anterior previsto para o pregão, encerrado o resultado do julgamento das propostas, a administração pública pode – agora para todas as modalidades licitatórias – negociar melhores condições com o licitante classificado em primeiro lugar (NOHARA, 2023, p. 342).

Urge assinalar que, quando da escolha da proposta mais vantajosa, deve-se levar em consideração dois tipos de vantajosidade: a objetiva e a subjetiva. Nesse sentido:

A vantajosidade objetiva (propriamente dita) é determinada pela análise do conteúdo da proposta formulada pelo licitante. Isso envolve o julgamento da proposta.

A vantajosidade subjetiva (habilitação) resulta do exame da qualificação do sujeito para executar a proposta. Isso se relaciona com o julgamento da habilitação (JUSTEN FILHO, 2023, p. 278).

Concluída a fase de julgamento das propostas, dá-se início à fase de habilitação, na qual o agente de contratação realiza a devida análise da documentação do licitante vencedor (OLIVEIRA, 2023, p. 276).

A Lei nº 14.133, de 2021, conceitua a fase de habilitação nos seguintes termos:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I - jurídica;
- II - técnica;
- III - fiscal, social e trabalhista;
- IV - econômico-financeira (BRASIL, 2021).

Dessa forma, observa-se que a Lei nº 14.133, de 2021, para a habilitação do licitante, exige comprovação de estar habilitado em quatro aspectos, a saber: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira e comprovação de regularidade fiscal, social e trabalhista (BRASIL, 2021).

Uma abordagem mais detalhada sobre a fase de habilitação e os requisitos específicos que a compõem será realizada no próximo capítulo deste trabalho acadêmico.

Após a fase de habilitação, inicia-se a fase recursal, a qual possibilita ao licitante interpor recurso administrativo à autoridade competente. Nesse sentido:

A autoridade julgadora, encerradas as atividades de julgamento de propostas e habilitação, proferirá decisão final com a identificação do vencedor do certame.

As decisões adotadas pela autoridade julgadora da licitação comportam recurso administrativo ou pedido de reconsideração (JUSTEN FILHO, 2023, p. 288).

O capítulo II do título IV da nova lei de licitações e contratos administrativos trata especificamente das impugnações, dos pedidos de esclarecimento e dos recursos cabíveis no âmbito dos procedimentos licitatórios. Seu artigo 165 prescreve que:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

a) ato que defira ou indefira pedido de **pré-qualificação** de interessado ou de **inscrição em registro cadastral**, sua alteração ou cancelamento;

b) **julgamento** das propostas;

c) ato de **habilitação** ou **inabilitação** de licitante;

d) **anulação** ou **revogação** da licitação;

e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

II - pedido de reconsideração, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Importa mencionar que a nova lei de licitações e contratos administrativos disciplina toda uma fase recursal aplicável ao procedimento licitatório:

Contudo, a apreciação dos recursos deve ser feita em fase única. No tocante a esses recursos, determina o inciso I do § 1º do art. 165 da Lei nº 14.133/2021 que a intenção de recorrer deve ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo de três dias úteis de apresentação das razões recursais será iniciado da data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de inversão de fases, da data de julgamento (NOHARA, 2023, p. 347).

Assim, no que tange ao procedimento da fase recursal, existe, repita-se, diferença quando a fase de habilitação é invertida, ou seja, quando ela ocorre antes do julgamento das propostas, vez que:

Na sistemática de julgamento anterior das propostas, cabe recurso apenas contra a decisão final que determinar o vencedor e adjudicar o objeto licitado. Portanto, o direito de recurso poderá abranger não apenas o conteúdo da decisão final, mas de todos os atos pretéritos.

Quando for adotada sistemática de julgamento da habilitação anterior a das propostas, é cabível o recurso contra as decisões proferidas em cada uma dessas oportunidades. Assim se passa porque o julgamento da habilitação, realizado em momento anterior, afeta o próprio conhecimento quanto ao conteúdo das propostas (JUSTEN FILHO, 2023, p. 288).

A fase recursal é a destinada a observância do contraditório e da ampla defesa expressamente prevista no artigo quinto da Constituição Federal (FERREIRA FILHO, 2022, p. 32).

Recebido o recurso, a autoridade que editou o ato ou proferiu a decisão recorrida deve reconsiderar sua decisão ou encaminhar esse recurso com sua motivação à autoridade superior, que deve emitir sua decisão no prazo máximo de dez dias úteis, por força do parágrafo 2º do artigo 165 da nova lei de licitações e contratos administrativos (BRASIL, 2021).

Pontua-se que, para apresentação das contrarrazões, o licitante recorrido possui o mesmo prazo de interposição do recurso e que, se provido o recurso, haverá apenas a invalidação dos atos não passíveis de aproveitamento, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 165 da Lei nº 14.133, de 2021 (BRASIL, 2021).

Assinala-se que, nas hipóteses de julgamento de propostas ou das decisões de habilitação ou inabilitação de licitante, a intenção de recorrer deve ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão ante expressa previsão no parágrafo 1º do artigo 165 da Lei nº 14.133, de 2021 (BRASIL, 2021).

Finalizadas as fases de julgamento e habilitação e julgados eventuais recursos interpostos, o procedimento licitatório deve ser encaminhado à autoridade administrativa competente, a qual poderá determinar o saneamento de irregularidades, revogar ou anular a licitação ou adjudicar o objeto e homologar a licitação, conforme disposto no caput do artigo 71 da nova lei de licitações e contratos administrativos (BRASIL, 2021).

Nesse ponto, sublinha-se que:

Caso esteja diante de situação que caracterize nulidade que, necessariamente, deva ser pronunciada, a autoridade, em sua decisão, deverá indicar expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa. Quando se tratar de revogação do processo licitatório, a lei estabelece que o motivo determinante deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 202).

Portanto, finalizada a fase recursal, a autoridade superior deve avaliar a legalidade de todos os atos praticados e, não sendo caso de nulidade nem de revogação, realizar a adjudicação do objeto ao licitante vencedor e homologar a licitação (JUSTEN FILHO, 2023, p. 289-290).

Na hipótese de anulação, a solução dessa situação é um pouco mais complexa porque não há como se elidir todos os atos e efeitos já produzidos; fato este que impõe à administração o dever de ressarcir eventuais prejuízos suportados pelo licitante até o momento dessa anulação, sem prejuízo da apuração dos agentes públicos responsáveis (CARVALHO FILHO, 2023, p. 219).

O ato administrativo de adjudicação é um ato unilateral, por meio do qual a administração pública reconhece formalmente que o licitante vencedor atendeu a todos os requisitos editalícios mínimos e que sua proposta é a mais vantajosa para a administração pública, o que lhe confere o direito a uma futura contratação ou, como defendido por alguns, a não ser preterido numa eventual contratação futura (JUSTEN FILHO, 2023, p. 290).

Já a homologação, por sua vez, consiste basicamente na aprovação do procedimento licitatório, ocorre após o julgamento dos recursos administrativos apresentados nas fases anteriores e é atribuição da autoridade competente, conforme a legislação de cada unidade da federação (NOHARA, 2023, p. 347).

Nesse ponto, doutrina Justen Filho ao trazer o seguinte conceito de homologação:

Ato administrativo unilateral por meio do qual a autoridade competente exercita um juízo formal quanto à legalidade e à conveniência do procedimento licitatório e da proposta selecionada como vencedora. Apresenta eficácia declaratória e constitutiva,

produzindo o encerramento do procedimento licitatório (JUSTEN FILHO, 2023, p. 291).

Dessa forma, a homologação é o ato administrativo que se efetiva ante a ausência de vícios jurídicos no procedimento licitatório ou, ainda, após o saneamento dos vícios que podem ser convalidados (NOHARA, 2023, p. 348).

Feitas tais considerações sobre as fases do procedimento licitatório, passa-se, no capítulo seguinte, a uma análise mais detida sobre a fase da habilitação.

5. A FASE DA HABILITAÇÃO

Recapitulando, a fase de habilitação do procedimento licitatório, nos termos do artigo 62 da nova lei de licitações e contratos administrativos, possui o seguinte conceito legal: “é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação”. Ela foi dividida em quatro partes: a) jurídica, b) técnica, c) fiscal, social e trabalhista e d) econômico-financeira (BRASIL, 2021).

Portanto, a fase de habilitação é a que objetiva avaliar a documentação jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal, social e trabalhista do licitante. Embora a regra seja a realização da fase de julgamento das propostas antes da fase de habilitação, esta fase pode ocorrer em momento anterior ao julgamento das propostas, desde que devidamente motivada com explicitação dos benefícios dessa inversão (FERREIRA FILHO, 2022, p. 32).

Cumprе assinalar que, conforme disposto na nova lei de licitações e contratos administrativos, os documentos de habilitação devem ser exigidos apenas do licitante vencedor, salvo na hipótese de a fase de habilitação ser anterior à de julgamento, situação em que todos os licitantes devem apresentar esses documentos. Em qualquer caso, contudo, os documentos da habilitação fiscal só são exigíveis após o julgamento e exclusivamente do licitante vencedor (CARVALHO FILHO, 2023, p. 216).

Em outras palavras, por força do disposto no artigo 63 da Lei nº 14.133, de 2021, mesmo na situação em que a fase de habilitação preceda a de julgamento das propostas, a comprovação da regularidade fiscal só pode ser exigida depois do julgamento das propostas e exclusivamente do licitante melhor classificado (BRASIL, 2021).

Destaca-se que a fase de habilitação tem por objetivo verificar a vantajosidade subjetiva do licitante, ou seja, aferir se o licitante possui idoneidade e capacitação para firmar um contrato administrativo e prestar o serviço ou fornecer o bem desejado pela administração pública. Neste ponto, Justen Filho doutrina que:

O exame das condições do direito de participar da licitação é denominado, usualmente, habilitação. O vocábulo indica tanto a fase procedimental como a decisão proferida pela Administração Pública. Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a **apurar a idoneidade e a capacitação**

de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de decisão, indica o ato administrativo pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo que o sujeito é dotado da idoneidade necessária para ser contratado (JUSTEN FILHO, 2023, p. 280, grifo nosso).

Intenta-se, pois, garantir que a futura contratação seja firmada com quem possua idoneidade e capacidade técnica e econômica para bem executar o contrato administrativo e, desse modo, entregar à administração o bem ou serviço licitado (CARVALHO FILHO, 2023, p. 216).

Ainda sobre os objetivos dessa fase, ensina Di Pietro (2024, p. 522) que, na fase de habilitação, “são examinados os documentos dos licitantes, conforme exigidos no edital, para considerá-los habilitados ou inhabilitados para a celebração do contrato administrativo.”

Assim, na fase de habilitação, a administração pública examina os atributos do licitante como pessoa jurídica em si, por meio da análise de sua documentação para, na sequência, habilitar ou inhabilitar aquele que apresentou a melhor proposta.

Urge consignar que, após a entrega dos documentos de habilitação, é vedada a sua substituição ou apresentação de outros documentos, exceto para atualização dos que comprovem fatos preexistentes ou para saneamento de vícios que não alterem a substância dos documentos (CARVALHO FILHO, 2023, p. 216).

Essa possibilidade de correção de erros ou falhas não estava contemplada na Lei nº 8.666, de 1993, nem na Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462, de 2011); o que era alvo de inúmeras críticas da doutrina, porque excluía da licitação alguns interessados em razão de pequenos erros ou falhas, passíveis de simples correções (DI PIETRO, 2024, p. 524).

No que toca à entrega dos documentos em si, destacam-se as seguintes ressalvas da nova lei:

Vale a pena registrar, ainda, as situações relativamente à documentação. Primeiramente, pode ser apresentada no original por cópia ou por outro meio admitido pela administração. Pode também ser substituída por registro cadastral expedido por entidade pública, caso haja previsão no edital. Por fim, pode ser dispensada, total ou parcialmente, no caso de contrato (a) para entrega imediata, (b) de valores inferiores a 1/4 do limite de dispensa de licitação para compras em geral, e (c) para contratações de produto para pesquisa e

desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (art. 70) (CARVALHO FILHO, 2023, p. 216).³⁷

Dessa forma, constata-se que a exigência de apresentação de documentação por parte da licitante não é absoluta; vez que pode a administração pública dispensá-la quando essa documentação já existe num sistema cadastral, quando a entrega ocorre de modo imediato, para as contratações cujos valores sejam inferiores a vinte e cinco por cento do limite da dispensa de licitação ou para aquisições voltadas à pesquisa e desenvolvimento até determinado valor.

5.1. A HABILITAÇÃO JURÍDICA

A habilitação jurídica é a destinada à comprovação da existência legal do licitante como pessoa capaz de assumir obrigações e exercer seus direitos em conformidade com ordenamento jurídico vigente. Assim:

A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele se limita à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada (NOHARA, 2023, p. 344).

Logo, essa habilitação possibilita à administração pública verificar se o futuro contratado é detentor de capacidade jurídica para assumir direitos e obrigações. Limita-se à apresentação dos documentos que assegurem sua existência jurídica como pessoa, tais como o contrato social, a inscrição no cadastro nacional de contribuintes e em registro próprio; sendo lícito requerer comprovante de que possui autorização para o exercício da atividade objeto do contrato administrativo a ser firmado (CARVALHO FILHO, 2023, p. 216).

A título de exemplo, citam-se os documentos de habilitação jurídica exigidos numa licitação do poder executivo federal regida pela Lei nº 14.133, de 2021, conforme modelo de termo de referência para compras disponibilizado pela Advocacia-Geral da União - AGU:

³⁷ Ressalta-se que, nos termos do Decreto nº 11.317, de 2022, esse valor foi atualizado para R\$ 343.249,96 (BRASIL, 2022).

Habilitação jurídica

8.4. **Pessoa física:** cédula de identidade (RG) ou documento equivalente que, por força de lei, tenha validade para fins de identificação em todo o território nacional;

8.5. **Empresário individual:** inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo da Junta Comercial da respectiva sede;

8.6. **Microempreendedor Individual - MEI:** Certificado da Condição de Microempreendedor Individual - CCMEI, cuja aceitação ficará condicionada à verificação da autenticidade no sítio <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/empreendedor>;

8.7. Sociedade empresária, sociedade limitada unipessoal – SLU ou sociedade identificada como empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI: inscrição do ato constitutivo, estatuto ou contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo da Junta Comercial da respectiva sede, acompanhada de documento comprobatório de seus administradores;

8.8. **Sociedade empresária estrangeira:** portaria de autorização de funcionamento no Brasil, publicada no Diário Oficial da União e arquivada na Junta Comercial da unidade federativa onde se localizar a filial, agência, sucursal ou estabelecimento, a qual será considerada como sua sede, conforme Instrução Normativa DREI/ME n.º 77, de 18 de março de 2020.

8.9. **Sociedade simples:** inscrição do ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas do local de sua sede, acompanhada de documento comprobatório de seus administradores;

8.10. **Filial, sucursal ou agência de sociedade simples ou empresária:** inscrição do ato constitutivo da filial, sucursal ou agência da sociedade simples ou empresária, respectivamente, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou no Registro Público de Empresas Mercantis onde opera, com averbação no Registro onde tem sede a matriz.

8.11. **Sociedade cooperativa:** ata de fundação e estatuto social, com a ata da assembleia que o aprovou, devidamente arquivado na Junta Comercial ou inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da respectiva sede, além do registro de que trata o art. 107 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro 1971.

8.12. **Agricultor familiar:** Declaração de Aptidão ao Pronaf – DAP ou DAP-P válida, ou, ainda, outros documentos definidos pela Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, nos termos do art. 4º, §2º do Decreto nº 10.880, de 2 de dezembro de 2021.

8.13. **Produtor Rural:** matrícula no Cadastro Específico do INSS – CEI, que comprove a qualificação como produtor rural pessoa física, nos termos da Instrução Normativa RFB n. 971, de 13 de novembro de 2009 (arts. 17 a 19 e 165).

8.14. **Ato de autorização** para o exercício da atividade de (especificar a atividade contratada sujeita à autorização), expedido por (especificar o órgão competente) nos termos do art. da (Lei/Decreto) nº

8.15. Os documentos apresentados deverão estar acompanhados de todas as alterações ou da consolidação respectiva (BRASIL, 2023a, grifos no original)

Observa-se, pois, que essa documentação apenas comprova que o licitante existe legalmente e está juridicamente apto a contrair obrigações e a exercer seus direitos como pessoa.

5.2. A HABILITAÇÃO TÉCNICA

A habilitação técnica é aquela que se destina a verificar os atributos técnicos do licitante, ou seja, que busca verificar sua qualificação técnica. Assim:

A qualificação técnica é a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis (JUSTEN FILHO, 2023, p. 282).

A habilitação técnica, nos termos do artigo 67 da nova lei de licitações e contratos administrativos, ocorre por meio da comprovação dos seguintes itens: existência de profissional registrado em conselho profissional, se o caso, e que possua atestado de responsabilidade técnica de obra ou serviço similar; capacidade operacional da empresa de executar serviços semelhantes por meio de certidões emitidas por conselho profissional; informações sobre instalações, pessoal técnico e equipamentos da licitante; preenchimento de requisitos exigidos em leis especiais; registro ou inscrição na devida entidade profissional e conhecimento das informações e obrigações locais para a execução do contrato (BRASIL, 2021).

Essa habilitação intenta viabilizar que a administração pública contrate um licitante que detenha capacidade técnica para a entrega do bem ou prestação do serviço ofertado. Nessa habilitação, verificam-se as qualificações técnico-profissional e técnico-operacional do licitante. Dessa forma:

Quanto maior a complexidade do objeto, mais severas serão as exigências para esse tipo de habilitação. O que não se pode admitir é que a Administração não veja a conclusão do contrato por falta de capacidade técnica, como, infelizmente, se tem visto não raras vezes (CARVALHO FILHO, 2023, p. 216).

Sublinha-se que os profissionais indicados pelo licitante no momento das qualificações técnico-profissional e técnico-operacional devem, necessariamente,

participar da execução da obra ou da prestação do serviço licitado; não se admitindo, pois, mera indicação formal (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 199).

Veja-se que os requisitos de qualificação técnica devem constar expressamente do edital e não podem exigir algo desnecessário ou inadequado; vez que deve retratar as condições práticas e reais de execução do contrato:

A legislação não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou inadequadas. A Administração Pública não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver graus mais elevados de aperfeiçoamento (JUSTEN FILHO, 2023, p. 282).

Neste ponto, na seara das licitações públicas, cabe trazer à baila a distinção entre habilitação técnico-operacional e habilitação técnico-profissional.

Seguindo o entendimento do Tribunal de Contas de União - TCU, apresenta-se a seguinte explicação sobre a capacitação técnico-operacional:

Capacitação técnico-operacional envolve comprovação de que a empresa licitante, como unidade econômica agrupadora de bens e pessoas, já executou, de modo satisfatório, atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (BRASIL, 2010, p. 383).

Nesse aspecto, aquela corte de contas já se manifestou em diversas ocasiões, externando os seguintes entendimentos:

Para fins de habilitação técnico-operacional em certames visando à contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser exigidos atestados emitidos em nome da licitante, podendo ser solicitadas as certidões de acervo técnico (CAT) ou anotações/registros de responsabilidade técnica (ART/RRT) emitidas pelo conselho de fiscalização profissional competente em nome dos profissionais vinculados aos referidos atestados, como forma de conferir autenticidade e veracidade às informações constantes nos documentos emitidos em nome das licitantes (BRASIL, 2019).

Em licitações de serviços de terceirização de mão de obra, só deve ser aceito o somatório de atestados para fins de qualificação técnico-operacional quando eles se referirem a serviços executados de forma concomitante, pois essa situação equivale, para comprovação da capacidade técnica das licitantes, a uma única contratação (BRASIL, 2018).

A habilitação técnico-operacional só pode ser exigida de licitantes para demonstração da capacidade de execução de parcelas do objeto a ser contratado que sejam, cumulativamente, de maior relevância e de maior valor (BRASIL, 2011).

Ante os entendimentos supracitados, pode-se concluir que a habilitação técnico-operacional está voltada à constatação de que o licitante, visto como um todo, ou seja, como uma organização dotada de corpo técnico, equipamentos e estrutura física, possui mínima capacidade para uma regular execução do futuro contrato administrativo.

Já em relação à habilitação técnico-profissional, o TCU traz a seguinte explanação:

Capacitação técnico-profissional trata de comprovação fornecida pelo licitante de que possui, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior, ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviços de características semelhantes às do objeto licitado (BRASIL, 2010, p. 387).

Na comprovação da capacitação técnico-profissional, os profissionais apresentados pelo licitante devem trabalhar na execução da obra ou na prestação dos serviços licitados; sendo permitida sua substituição apenas por outros de experiência similar ou superior, desde que com anuência do órgão licitante (BRASIL, 2010, p. 388).

A administração pública não pode fazer exigências que comprometam o caráter competitivo do certame nas exigências para a habilitação técnico-profissional. Nesse ponto, já decidiu o TCU, conforme os seguintes julgados:

É ilegal a exigência de comprovação, para fim de qualificação técnico-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto, porquanto o rol de exigências de habilitação previsto na Lei 8.666/1993 é taxativo (BRASIL, 2017).

Tais falhas contrariam a jurisprudência pacífica desta Corte. A exigência cumulativa de capital social e de prestação de garantia de participação no certame contraria o disposto no art. 31, § 2º, da Lei de Licitações, além de desrespeitar as reiteradas decisões do TCU, a exemplo dos Acórdão 383/2010-TCU-Segunda Câmara, 556/2010-Plenário, 2.098/2010-1ª Câmara e 107/2009-Plenário. Do mesmo modo, exigir que a licitante possua em seus quadros funcionais

profissional com experiência nos serviços requeridos para qualificação técnica contraria os arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 1º, inciso I, todos da Lei 8.666/1993, bem como o entendimento pacificado neste Tribunal (Acórdão 7021/2012-TCU-Segunda Câmara, 73/2010-Plenário, 168/2009-Plenário, 2.391/2007-Plenário e 2.297/2005-Plenário) (BRASIL, 2015c).

Acrescenta-se que a habilitação técnico-profissional, nos casos de licitações de obras e serviços de engenharia, pode ser comprovada mediante entrega de atestado ou certidão de acervo técnico expedido pelo respectivo conselho profissional (BRASIL, 2010, p. 388).

Dessa forma, tem-se que a habilitação técnico-profissional é a que se refere à capacidade de o licitante efetivamente empregar profissionais qualificados durante a execução do contrato administrativo, de tal forma que possa entregar o bem ou prestar o serviço licitado. Em outras palavras, verifica-se se o licitante possui profissionais com qualificação para atender à necessidade da administração, observando tanto os requisitos quantitativos, como os qualitativos dos bens ou serviços licitados.

Em suma, a qualificação técnico-operacional visa a comprovar se o licitante detém capacidade operacional para entregar o objeto licitado, fornecendo certidões ou atestados de execução de serviços similares, com nível de complexidade igual ou superior aos da licitação. Já a qualificação técnico-profissional requer a indicação de profissionais minimamente qualificados para que o contratado preste o serviço ou entregue o bem ajustado, devendo tais profissionais estarem registrados no respectivo conselho profissional, quando cabível (MARINELA; CUNHA, 2022, p. 197-198).

Noutros termos, a qualificação técnico-operacional está relacionada à estrutura física e à experiência anterior da empresa na execução de serviços ou entrega de bens similares ao desejado pela administração pública. Enquanto que a qualificação técnico-profissional está relacionada com os profissionais que a empresa pretende utilizar na execução do futuro contrato administrativo, profissionais estes que precisam possuir qualificação mínima devidamente comprovada no procedimento licitatório.

Importa assinalar que, de acordo com o previsto no artigo 67 da Lei nº 14.133, de 2021, a exigência de atestados deve ser limitada a parcelas de maior relevância ou significativo valor do objeto da futura contratação. Ainda, o profissional citado pelo

licitante como sendo o responsável técnico deverá participar da execução contratual da obra ou serviço, permitida sua substituição por outro com experiência similar ou superior. É lícito à administração pública exigir atestados que comprovem a execução de serviços similares quando o objeto da licitação for a prestação de serviços contínuos; bem como cobrar a lista dos compromissos do licitante que impliquem na redução da disponibilidade de seus colaboradores técnicos informados na licitação. Por fim, pode-se, ainda, exigir, em caso de serviços técnicos específicos, demonstração de qualificação técnica dos futuros ou potenciais subcontratados (NOHARA, 2023, p. 345).

Como exemplo, reproduzem-se os documentos de habilitação técnica exigidos numa licitação do poder executivo federal regida pela Lei nº 14.133, de 2021, conforme modelo de termo de referência para compras disponibilizado pela Advocacia-Geral da União - AGU:

Qualificação Técnica

8.30. **Registro ou inscrição** da empresa na entidade profissional(escrever por extenso, se o caso), em plena validade;

8.31. Comprovação de aptidão para o **fornecimento de bens similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior** com o objeto desta contratação, ou com o item pertinente, por meio da apresentação de certidões ou atestados, por pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou regularmente emitido(s) pelo conselho profissional competente, quando for o caso.

8.31.1. Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:

8.31.1.1.

8.31.1.2.

8.31.1.3.

8.31.2. Será admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo, a apresentação e o somatório de diferentes atestados executados de forma concomitante.

8.31.3. Os atestados de capacidade técnica poderão ser apresentados em nome da matriz ou da filial do fornecedor.

8.31.4. O fornecedor disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados, apresentando, quando solicitado pela Administração, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foi executado o objeto contratado, dentre outros documentos.

8.31.5. Prova de atendimento aos requisitos, previstos na lei

8.32. Caso admitida a **participação de cooperativas**, será exigida a seguinte documentação complementar:

8.32.1. A relação dos cooperados que atendem aos requisitos técnicos exigidos para a contratação e que executarão o contrato, com as respectivas atas de inscrição e a comprovação de que estão domiciliados na localidade da sede da cooperativa, respeitado o disposto nos arts. 4º, inciso XI, 21, inciso I e 42, §§ 2º a 6º da Lei n. 5.764, de 1971;

8.32.2. A declaração de regularidade de situação do contribuinte individual – DRSCI, para cada um dos cooperados indicados;

8.32.3. A comprovação do capital social proporcional ao número de cooperados necessários à execução contratual;

8.32.4. O registro previsto na Lei n. 5.764, de 1971, art. 107;

8.32.5. A comprovação de integração das respectivas quotas-partes por parte dos cooperados que executarão o contrato; e

8.32.6. Os seguintes documentos para a comprovação da regularidade jurídica da cooperativa: a) ata de fundação; b) estatuto social com a ata da assembleia que o aprovou; c) regimento dos fundos instituídos pelos cooperados, com a ata da assembleia; d) editais de convocação das três últimas assembleias gerais extraordinárias; e) três registros de presença dos cooperados que executarão o contrato em assembleias gerais ou nas reuniões seccionais; e f) ata da sessão que os cooperados autorizaram a cooperativa a contratar o objeto da licitação;

8.32.7. A última auditoria contábil-financeira da cooperativa, conforme dispõe o art. 112 da Lei n. 5.764, de 1971, ou uma declaração, sob as penas da lei, de que tal auditoria não foi exigida pelo órgão fiscalizador (BRASIL, 2023a, grifo nosso).

5.3. A HABILITAÇÃO FISCAL, SOCIAL E TRABALHISTA

Para a habilitação fiscal, o licitante precisa comprovar que está devidamente registrado nos cadastros públicos de contribuintes e que não possui débitos fiscais exigíveis e não garantidos. Essa exigência constitui um modo indireto de punir aquele que não cumpre suas obrigações com o fisco (JUSTEN FILHO, 2023, p. 281).

Na habilitação social, deve o licitante demonstrar documentalmente sua regularidade perante a Seguridade Social e o FGTS e que cumpre a exigência legal de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no artigo 63, IV da Lei nº 14.133, de 2021³⁸ (JUSTEN FILHO, 2023, p. 283).

³⁸ Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:
[...]

A habilitação trabalhista, por sua vez, requer do licitante documentação de que não possui débitos inadimplidos exigíveis e não garantidos perante a Justiça do Trabalho (JUSTEN FILHO, 2023, p. 282).

Nesse aspecto, nos termos do artigo 68 da Lei nº 14.133, de 2021, a regularidade fiscal, social e trabalhista deve ser comprovada documentalmente pela observância dos seguintes itens:

- I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (**CPF**) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (**CNPJ**);
- II - a inscrição no **cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal**, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - a **regularidade perante a Fazenda** federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - a regularidade relativa à **Seguridade Social e ao FGTS**, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
- V - a regularidade perante a **Justiça do Trabalho**;
- VI - o cumprimento do disposto no inciso **XXXIII do art. 7º da Constituição Federal**³⁹ (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Urge assinalar que esses documentos podem ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios aptos a comprovarem a respectiva regularidade, o que não se aplica à documentação atinente à Fazenda pública, à Seguridade Social e FGTS e à Justiça do Trabalho, que devem ser comprovados nos termos da legislação específica (NOHARA, 2023, p. 346).

Constata-se, pois, que essa habilitação representa verdadeira sanção indireta ao licitante que não consegue cumpri-la, vez que a inabilitação impede que celebre contrato com a administração pública; no entanto, busca incentivar os licitantes a estarem em situação regular nessas áreas (CARVALHO FILHO, 2023, p. 217).

A título de exemplo, transcrevem-se os documentos de habilitação fiscal, social e trabalhista exigidos numa licitação do poder executivo federal regida pela

IV - será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas (BRASIL, 2021).

³⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (BRASIL, 1988).

Lei nº 14.133, de 2021, conforme modelo de termo de referência para compras disponibilizado pela Advocacia-Geral da União - AGU:

Habilitação fiscal, social e trabalhista

8.16. Prova de inscrição no **Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas** ou no **Cadastro de Pessoas Físicas**, conforme o caso;

8.17. Prova de regularidade fiscal perante a **Fazenda Nacional**, mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela **Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)** e pela **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)**, referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados, inclusive aqueles relativos à Seguridade Social, nos termos da Portaria Conjunta nº 1.751, de 02 de outubro de 2014, do Secretário da Receita Federal do Brasil e da Procuradora-Geral da Fazenda Nacional.

8.18. Prova de regularidade com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (**FGTS**);

8.19. Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a **Justiça do Trabalho**, mediante a **apresentação de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa**, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

8.20. Prova de inscrição no **cadastro de contribuintes [Estadual/Distrital] ou [Municipal/Distrital]** relativo ao domicílio ou sede do fornecedor, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

8.21. Prova de **regularidade com a Fazenda [Estadual/Distrital] ou [Municipal/Distrital]** do domicílio ou sede do fornecedor, relativa à atividade em cujo exercício contrata ou concorre;

8.22. **Caso o fornecedor seja considerado isento dos tributos [Estadual/Distrital] ou [Municipal/Distrital]** relacionados ao objeto contratual, deverá comprovar tal condição mediante a apresentação de declaração da Fazenda respectiva do seu domicílio ou sede, ou outra equivalente, na forma da lei.

8.23. O fornecedor enquadrado como **microempreendedor individual** que pretenda auferir os benefícios do tratamento diferenciado previstos na Lei Complementar n. 123, de 2006, estará dispensado da prova de inscrição nos cadastros de contribuintes estadual e municipal (BRASIL, 2023a, grifo nosso).

5.4. A HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A habilitação econômico-financeira tem por fim verificar a situação econômico-financeira do licitante, de forma a garantir, em tese, a execução do contrato. O licitante precisa comprovar que possui condições econômicas para arcar com as despesas inerentes à execução do contrato que será firmado com a administração pública (CARVALHO FILHO, 2023, p. 217).

A comprovação dessa habilitação é objetiva, restringindo-se à apresentação de certidão negativa de ações de falência, de balanço patrimonial, de resultado de exercício e de outros demonstrativos contábeis. Sublinha-se que, no caso de entrega futura de bens ou nas licitações de obras e serviços, pode-se exigir capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo de até 10% do valor estimado do contrato (CARVALHO FILHO, 2023, p. 218).

Sob esse aspecto, a Lei nº 14.133, de 2021, em seu artigo 69, autoriza que a administração cobre que o licitante apresente a lista dos compromissos que impactem na redução de sua capacidade econômico-financeira (BRASIL, 2021).

Assinala-se que o artigo 70 da nova lei permite que os documentos atinentes às habilitações econômico-financeira, técnica, jurídica, fiscal, social e trabalhista sejam dispensados, parcial ou totalmente, nas seguintes hipóteses: entrega imediata de bens ou serviços, contratações com valores inferiores a um quarto do limite da dispensa de licitação para compras (ou seja, um quarto de R\$ 59.906,02) ou nas contratações de produtos para pesquisa e desenvolvimento até o limite de R\$ 359.436,08⁴⁰ (BRASIL, 2021).

Sublinha-se que as exigências de habilitação possuem limitações, ou seja, devem restringir-se ao mínimo necessário para a garantia da administração pública e, obrigatoriamente, devem ser realizadas por meio de documentos (JUSTEN FILHO, 2023, p. 280).

Não obstante, no que se refere às habilitações técnica e econômico-financeira, o artigo 37, inciso XXI da Carta Magna dispõe que, nas licitações públicas, tais exigências se restrinjam às imprescindíveis para o devido cumprimento das obrigações contratuais. Contudo, a legislação infraconstitucional estabeleceu exigências outras que extrapolam o aspecto econômico e a contratação mais

⁴⁰ Valor atualizado pelo Decreto nº 11.871, de 2023 (BRASIL, 2023).

vantajosa. No dizer de Irene Nohara, tal ocorre para que se cumpram “finalidades metacontratuais” (NOHARA, 2023, p. 342-343).

Nesse sentido, conclui Nohara:

Portanto, as interpretações, tanto da definição de habilitação como de que a Constituição determina exigências de qualificação econômica e técnica indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, não podem ser feitas de forma isolada, a desconsiderar o que é um processo licitatório nos dias atuais, sendo ele não apenas um procedimento apto a buscar contratações mais vantajosas do ponto de vista meramente econômico e técnico, mas também para o cumprimento de fatores metacontratuais, como: comprometimento fiscal, social e trabalhista, o que inclui o cumprimento da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (agora no inciso VI do art. 68) ou mesmo a reserva de cargos para pessoas com deficiência e para reabilitados da Previdência Social (NOHARA, 2023, p. 343).

Acrescenta-se, nesse ponto, que Di Pietro (2005, p. 346) sustentava que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ante o retrocitado artigo 37, inciso XXI, não mais seria cabível exigir-se dos licitantes a documentação para comprovação da regularidade jurídico-fiscal, por não serem essenciais ao cumprimento do futuro contrato administrativo. Posicionamento este não mais por ela defendido, argumentando que a norma constitucional deve ser interpretada no sentido de permitir exigências essenciais ao cumprimento do futuro contrato administrativo, pois, assim, está-se a aplicar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade entre meios e fins (DI PIETRO, 2024, p. 452).

O entendimento do Tribunal de Contas da União é firme no sentido da obrigatoriedade de exigência da documentação comprobatória da regularidade fiscal do licitante, inclusive nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação (BRASIL, 2010), tendo inclusive editado a Súmula 283 sobre esse tema: “Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade” (BRASIL, 2013).

Exemplificadamente, citam-se os documentos de habilitação econômico-financeira exigidos numa licitação do poder executivo federal regida pela Lei nº 14.133, de 2021, conforme modelo de termo de referência para compras disponibilizado pela Advocacia-Geral da União - AGU:

Qualificação Econômico-Financeira

8.24. **Certidão negativa de insolvência civil** expedida pelo distribuidor do domicílio ou sede do licitante, caso se trate de pessoa física, desde que admitida a sua participação na licitação (art. 5º, inciso II, alínea “c”, da Instrução Normativa Seges/ME nº 116, de 2021), ou de sociedade simples;

8.25. **Certidão negativa de falência** expedida pelo distribuidor da sede do fornecedor - Lei nº 14.133, de 2021, art. 69, caput, inciso II);

8.26. **Balanco patrimonial**, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais, comprovando:

8.26.1. índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC), e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um);

8.26.2. As empresas criadas no exercício financeiro da licitação deverão atender a todas as exigências da habilitação e poderão substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

8.26.3. Os documentos referidos acima limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos;

8.26.4. Os documentos referidos acima deverão ser exigidos com base no limite definido pela Receita Federal do Brasil para transmissão da Escrituração Contábil Digital - ECD ao Sped.

8.27. **Caso a empresa licitante apresente resultado inferior ou igual a 1 (um)** em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), será exigido para fins de habilitação [capital mínimo] OU [patrimônio líquido mínimo] de% [até 10%] do [valor total estimado da contratação] OU [valor total estimado da parcela pertinente].

8.28. **As empresas criadas no exercício financeiro da licitação** deverão atender a todas as exigências da habilitação e poderão substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura (Lei nº 14.133, de 2021, art. 65, §1º).

8.29. O atendimento dos índices econômicos previstos neste item deverá **ser atestado mediante declaração assinada por profissional** habilitado da área contábil, apresentada pelo fornecedor (BRASIL, 2023a, grifo nosso).

6. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

No presente capítulo, serão abordados o conceito de formalismo e seu entendimento, sua importância e correlação com o princípio da instrumentalidade das formas no âmbito da doutrina brasileira. Ao final, serão elencadas as características e apresentado um conceito do princípio do formalismo moderado, bem como algumas decisões do Tribunal de Contas da União – TCU e do Poder Judiciário, aplicando e conceituando o princípio do formalismo moderado no âmbito das licitações públicas.

6.1. O FORMALISMO E SUAS ACEPÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 670), o formalismo pode ser conceituado como:

1. Conjunto de formalidades ou solenidades que deve ser obedecido para que um ato ou negócio jurídico seja válido. 2. Na linguagem filosófica, quer dizer: a) observância excessiva à forma; b) teoria que propugna que as verdades científicas são puramente formais, repousando sobre definições de símbolos; c) consideração feita exclusivamente sob o prisma formal, negando a existência ou a importância do elemento material numa ordem do conhecimento; d) sistema que se prende muito às formalidades.

Observa-se, pois, que o formalismo está diretamente relacionado ao modo, ao meio como determinado ato jurídico - e aqui se incluem tanto o ato judicial como o administrativo - será concretizado, materializado. Nesse quadrante, ante o escopo do presente trabalho acadêmico, importa mencionar alguns aspectos relativos à história do processo judicial brasileiro.

Cândido Rangel Dinamarco (2022, p. 16-20) divide a evolução histórica do processo judicial brasileiro em três fases metodológicas: a fase sincrética, a fase autonomista e a fase instrumentalista.

Daniel Mitidiero (2005, p. 16-17) também propõe uma divisão da história do processo judicial em três fases semelhantes a essas, a saber: o praxismo (que correspondente à pré-história processual), o processualismo (que correspondente à modernidade processual) e o formalismo-valorativo (correspondente à contemporaneidade processual).

Segundo a doutrina brasileira, nessa primeira fase, o processo era meramente um meio para o exercício de direitos e a ação era tão somente um dos aspectos do direito subjetivo material lesado, ou seja, o direito processual era um adjetivo do direito material no sentido de que sua existência dependia deste (MADUREIRA, 2015, p. 254).

Em sua segunda fase, a autonomista ou o processualismo, o processo é tido como um ramo autônomo do direito e foi nessa fase que surgiram tratados de tamanha importância e primorosas monografias que permitiram uma melhor utilização das ferramentas ofertadas pelo direito processual (DINAMARCO, 2022, p. 17).

Conforme ensina Daniel Mitidiero (2005, p. 18-19), essa segunda fase possui como característica principal a busca pela:

tecnicização do direito e a despolitização de seus operadores, reduzidos à condição de verdadeiros “escravos do poder”, como bem observa Ovídio Araújo Baptista da Silva, a postular o processo civil como um instrumento puramente técnico, totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional.

O método de que se servia o processualismo era o científico ou autonomista, através do qual os estudiosos se lançaram à tarefa de expulsar da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica.

No entanto, essa aplicação autonomista do processo, que naquele momento buscava a construção de métodos objetivos para a resolução das lides judiciais, falhou ao não conseguir entregar justiça aos jurisdicionados. Nessa quadra, seguiu-se uma preocupação dos operadores do direito com uma efetiva tutela jurisdicional, com as entregas do processo, com sua capacidade de produzir justiça de modo concreto. Com isso, o processo passa a ser visto do ponto de vista externo e analisado em seus resultados concretos, no lugar da anterior análise introspectiva da fase autonomista: surge, pois, a terceira fase, a fase do formalismo-valorativo ou, como chamado por Cândido Dinamarco, de fase instrumentalista (MADUREIRA, 2015, p. 255-256).

Cumprir registrar que Daniel Mitidiero (2023, p. 5) chega a afirmar que esse formalismo-valorativo seria, na realidade, uma quarta fase metodológica, que sucedeu a fase do instrumentalismo.

Importa realçar que o formalismo, ou forma em sentido amplo, não é sinónimo de forma do ato processual individual, e que desempenha relevante papel na prestação do direito material. Nesse ponto, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006, p. 60) apresenta o seguinte conceito de formalismo:

Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

A forma em seu sentido amplo possui a incumbência de apontar as fronteiras do início e término do processo, de delimitar o conteúdo a ser produzido e de fixar os limites nos quais os atores do processo devem cooperar e agir (OLIVEIRA, 2006, p. 60).

Nesse sentido, sublinha-se que o procedimento tem seu rito previsto em normas legais com o escopo de atingir - de forma adequada, eficaz e econômica - a finalidade do processo, qual seja, realizar o direito material (GRECO, 2015, 398).

E, no que tange à evolução dos sistemas jurídicos nessa parte procedimental, percebe-se um movimento no sentido da redução da quantidade de procedimentos, tendo em vista que, quanto maior for, por meio de boas técnicas, a homogeneidade dos procedimentos, com mais agilidade, facilidade e habilidade agirão os operadores do direito, o que acarreta um resultado mais eficaz na realização do direito material (GRECO, 2015, p. 398).

Tal movimento, contudo, não é unidirecional, pois não é incomum a criação de novos procedimentos especiais, ampliando-se a quantidade de ritos procedimentais:

Entretanto, na verdade, o que se nota é um movimento pendular: os códigos e as codificações procuram enxugar os procedimentos, reduzi-los, estruturando procedimentos comuns que sirvam ao maior número de postulações. Todavia, na medida em que a eficácia dos códigos se frustra e os procedimentos existentes parecem não atender mais à multiplicidade de situações e exigências do direito material, verifica-se a criação de novos procedimentos especiais em leis extravagantes (GRECO, 2015, 399).

Repisa-se que a forma tem como função atuar como mecanismo para minimizar os riscos da discricionariedade e do arbítrio; obrigando, pois, o julgador a atuar nos limites impostos pela norma estabelecida (DUARTE, 2013).

A igual modo, também no direito administrativo, a forma é tida como um modo de limitar o poder estatal pelo fato de as competências das autoridades públicas representarem poderes de grande relevância. Noutros termos:

Por isso, as regras de forma do ato administrativo não se orientam à defesa dos interesses da Administração Pública. Ao contrário, a disciplina sobre a forma dos atos administrativos destina-se a garantir o controle das competências administrativas e dos poderes estatais. Mas a disciplina quanto à forma não pode ser um obstáculo à realização da função administrativa (JUSTEN FILHO, 2023, p. 169).

Nesse sentido, o formalismo é o elemento em que se alicerçam a efetividade e a segurança do processo. A efetividade é fruto do poder de ordenar e organizar o desenvolvimento do processo; evitando, desse modo, o caos, a desordem ou a confusão. E a segurança resulta do poder disciplinador do formalismo no âmbito do processo (OLIVEIRA, 2006, p. 62).

Não obstante, os atos jurídicos em geral independem de forma especial para terem validade, exceto quando a lei a exija de modo expresso. Os atos do processo judicial, no entanto, como regra, devem obedecer a uma forma preestabelecida, ou seja, os principais atos processuais devem preencher certos requisitos legais, a despeito do disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil⁴¹ (ALVIM, 2022, p. 269).

Portanto, o formalismo possui uma função de grande relevância para o correto desenvolvimento de qualquer processo, não representando meras exigências sem qualquer finalidade:

E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as

⁴¹ Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão (OLIVEIRA, 2006, p. 65).

Nessa perspectiva, tem-se que o formalismo está intimamente relacionado aos valores mais importantes do processo, quais sejam, a concretização da justiça material e a paz social – no que tange aos fins do processo – e a efetividade, a segurança e a organização interna justa do processo – no que tange à face instrumental do processo (OLIVEIRA, 2006, p. 65).

No entanto, o problema fulcral relacionado ao formalismo é que seu poder organizador, ordenador e disciplinador pode fulminar a própria realização do direito ou provocar prolongada duração do processo; passando, assim, a atuar contra a realização da justiça material, ou seja, desvirtuando os objetivos do regular desenvolvimento do processo (OLIVEIRA, 2006, p. 72).

E é nesse aspecto que surgem importantes atos e decisões do poder público que poderão ser plenamente arguidos pelos licitantes (diga-se, por empresas do setor privado) no âmbito das licitações levadas a efeito pelos órgãos e entidades públicos brasileiros que pratiquem atos com foco na formalidade, ao invés da realização da justiça material.

Urge assinalar que os fins não justificam os meios tendo em conta que a realização do direito material não pode ocorrer em detrimento da observância de regras formais que venham a atingir princípios e garantias fundamentais do cidadão. Assim, o formalismo a ser rejeitado é aquele que não possui conteúdo, que é vazio, que não concorre para a consecução das finalidades maiores do processo (OLIVEIRA, 2006, p. 77).

Nesse olhar, sublinha-se que a segurança não pode ser considerada o valor único presente no processo, sob pena de ferir direitos fundamentais do cidadão. Em outras palavras:

É preciso levar em conta, ademais, que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado (OLIVEIRA, 2006, p. 67).

E, quanto aos atos processuais, adiciona-se que a eles se aplica o princípio da instrumentalidade das formas, que pode ser conceituado como:

O princípio da instrumentalidade significa que o ato processual não é fim em si mesmo, mas destinado a uma finalidade, pelo que, se esta for alcançada, a inobservância da forma não terá qualquer importância (ALVIM, 2022, p. 269).

Veja-se que, em não havendo previsão de nulidade pela inobservância de forma prevista em lei, o ato do processo judicial que, mesmo que por outra forma, atinge sua finalidade, não deve ter decretada sua nulidade (MARTINS, 2023, p. 95).

Nesse contexto, no âmbito do direito processual, destaca-se a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2022, p. 282) sobre o princípio da instrumentalidade das formas, que é distinto do princípio da instrumentalidade do processo:

“quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”, está o Código de Processo Civil (art. 277) a **proclamar a instrumentalidade das formas** e, ao mesmo tempo, a prestigiar a primazia do julgamento do mérito, ou seja, está mandando que o juiz procure caminhar em direção a esse julgamento desconsiderando eventuais vícios dos atos processuais desde que os objetivos destes ajam sido realizados e não sejam causadores de prejuízo a qualquer das partes. **Aplicar o princípio da instrumentalidade das formas é um modo de evitar que, quando disso não resultar prejuízo a qualquer das partes, o processo se perca em razão de algum vício formal** (grifo nosso).

Esse princípio, de mais profunda relevância em direito processual, contém-se todo ele inteiro na teoria do processo, como instituto jurídico. A teoria do processo, nesse sentido, inclui a de seus sujeitos e de seus atos e estes são disciplinados em sua forma e em seus possíveis vícios; aqui é que entra o temperamento trazido pela percepção de que as formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido.

Porquanto, o emprego da instrumentalidade das formas é um meio de não permitir que, desde que não haja lesão às partes, algum vício formal venha a impedir o julgamento do mérito da causa e, desse modo, não seja alcançado o resultado esperado do processo. Conclui-se, pois, que esse princípio exerce uma função de destacada serventia ao descortinar caminhos para o uso da instrumentalidade do processo (DINAMARCO, 2022, p. 282).

Em complemento, com relação à inobservância da forma de determinado ato, urge trazer à baila os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 67):

Mas se, em determinada situação concreta, o descumprimento de determinada exigência formal relacionada ao rito não comprometer o objetivo imediato da norma, nem o escopo maior do processo, e desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há por que reconhecer relevância ao vício.

Constata-se, portanto, que, mesmo para os atos judiciais, a forma não é empregada de modo absoluto, quer dizer-se que se busca precipuamente o atingimento do objetivo do ato, sendo sua forma apenas um meio para alcançá-lo, ou seja, a forma possui caráter acessório em relação ao conteúdo do ato.

Desse modo, a anulação de atos processuais deve obediência ao princípio da instrumentalidade das formas, o qual impõe que determinado ato irregular só pode ser anulado se o objetivo desse ato não tiver sido obtido, ou seja, *pas de nullité sans grief*⁴² (ALVIM, 2022, p. 275).

E aqui importa sublinhar que a invalidação de determinado ato fundada em falha formal conduz ou ao perecimento do próprio direito material ou à postergação da demanda judicial ou administrativa, o que fragiliza a segurança jurídica e a paz social. Desse modo:

Com efeito, o sobreprincípio da instrumentalidade das formas perpassa todo o ambiente processual e ilumina tanto a compreensão de suas disposições quanto a sua aplicação *in concreto*, levando a que, sem embargo do enquadramento do Direito Processual na seara do Direito Público, ainda assim os dispositivos processuais não podem ser vistos como um fim em si mesmos, mas antes devem ser interpretados e aplicados à luz da finalidade a que se preordenam, autorizando que se considere atendida a exigência formal quando, a despeito de não se ter observado estritamente o modelo preestabelecido, todavia se logrou atingir o desiderato pretendido na *mens legis* (MANCUSO, 2018, p. 23).

Observa-se que o direito processual moderno caminha no sentido da mitigação do formalismo, mantendo-se, contudo, a necessidade de se respeitarem as regras fixadas pela lei com vistas a se preservar o cumprimento da legalidade da atuação estatal. Nesse sentido, é a lição de Leonardo Greco:

Digam eles respeito à constituição do órgão do Estado que exerce a jurisdição, às condições que devem ser observadas pelas partes ou por quaisquer outros sujeitos para atuarem validamente, ou aos

⁴² Não há nulidade sem prejuízo.

requisitos dos atos processuais, são o princípio da legalidade, que rege todas as atividades do Estado que atingem a esfera de interesses dos particulares, e o **direito dos cidadãos a um processo justo, que impõem a clara definição dessas regras, limitadoras do arbítrio estatal e concretizadoras das garantias democráticas** mínimas do acesso à justiça por todos os cidadãos.

Essas regras são incontáveis, apesar do **progressivo abandono do formalismo** que caracteriza o Direito Processual moderno, e a **sua sistematização é indispensável** justamente para estabelecer um **limite seguro na aplicação desses dois princípios antagônicos, o da liberdade das formas** (CPC de 1973, art. 154; CPC de 2015, art. 188) e o da legalidade (GRECO, 2015, p. 317, grifo nosso).

Um rígido cumprimento das normas procedimentais é objeto de várias indagações levantadas por Leonardo Greco, sob o fundamento de eventual prejuízo à finalidade última do processo. Assim, questiona:

A subordinação dos procedimentos às regras legais é um pressuposto processual objetivo; **mas será que tal subordinação é rígida?** Não pode haver um procedimento livre, ditado pelo juiz? Será que o juiz não pode descumprir nenhuma das regras do procedimento? Essa é uma questão complexa, que tangenciamos no estudo dos pressupostos processuais, ocasião em que **preconizamos o respeito ao procedimento legal com certa flexibilidade, para que o meio, o processo, não seja um obstáculo à consecução da finalidade do processo**, que é a justa apreciação do mérito da causa, com o pleno respeito às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (GRECO, 2015, 403).

Nesse aspecto, assinala-se que a segurança jurídica de determinada norma é medida pelo atingimento de forma estável de suas finalidades; induzindo, quando necessário, certa mudança, sob o fundamento de que se busca um objetivo mediato de possibilitar a efetividade dos direitos e garantias de um processo igualitário (OLIVEIRA, 2006, p. 69).

Insta acrescentar que o vigente Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 2015 – prevê, expressamente, em seu artigo 190,⁴³ a possibilidade de as partes

⁴³ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2015).

construírem um procedimento no curso de um processo judicial, com vistas a uma solução mais rápida e satisfatória da lide. É o chamado negócio jurídico processual (NERY JUNIOR; NERY, 2023, p. RL-1.40).

Logo, permite-se que as partes promovam entendimentos entre si para o estabelecimento de novas situações concretas no curso de um processo judicial, podendo haver mudanças no procedimento e convenções sobre poderes, deveres, faculdades e ônus das partes (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2023, p. 401).

Dessa forma, pode haver pacto jurídico entre as partes sobre aspectos afetos ao processamento da causa, ou seja, o procedimento, os poderes, os deveres e as faculdades processuais podem ser alterados por meio do negócio jurídico processual (ALVIM et al, 2020, p. RL-1.40). Constata-se, pois, mais uma mitigação do formalismo no âmbito judicial.

Nesse contexto, insta ressaltar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, que tem por ementa a reforma da Lei nº 9.784, de 1999 (Lei do Processo Administrativo), sendo uma de suas propostas instituir o negócio jurídico processual administrativo, com o desiderato de possibilitar alterações nos procedimentos administrativos mediante anuência do administrado⁴⁴ (BRASIL, 2022). Situação esta que, uma vez aprovada nesse contexto, seguramente, tornará o processo administrativo mais informal em seu desenvolvimento.

Sob outra perspectiva, pontua-se que o outro extremo, ou seja, a inexistência de regras formais, procedimentais, também é indesejável, vez que possibilita a criação pelo aplicador da norma de um procedimento alternativo, o que retira das partes a possibilidade de planejarem e executarem a defesa de seus interesses, ante a ausência do conhecimento prévio da sequência dos atos do procedimento e de seus desdobramentos (GRECO, 2015, 403).

Sob esse olhar, deve-se impor “a veemente rejeição do formalismo vazio e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso” (OLIVEIRA, 2006, p. 77).

Em suma, pode-se concluir que:

⁴⁴ Art. 25-A. Os órgãos e entidades podem, em consenso com o administrado, celebrar negócio jurídico processual administrativo que estipule mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da situação concreta, antes ou durante o processo (BRASIL, 2022).

A boa-fé e a lealdade impedem, ainda, a criação de situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais, distantes da verdadeira finalidade da lei e estabelecidas por meio de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso (OLIVEIRA, 2006, p. 82).

Desse modo, a adoção desmedida das regras formais desvirtua o próprio direito. Enrico Tullio Liebman (2005, p. 327-328) afirma que "as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação". Nesse ponto, registra-se que o sistema jurídico pátrio dispõe dos meios suficientes para refutar o formalismo pernicioso e conduzir o processo de modo que atinja seus verdadeiros objetivos (OLIVEIRA, 2006, p. 85).

Direcionando seu foco ao direito administrativo, Di Pietro (2015) leciona que o formalismo, por alguns autores chamado de informalismo ou de formalismo moderado, é utilizado tanto no processo judicial quanto no processo administrativo, sendo, todavia, muito menos rigoroso neste.

E, dessa feita, a instrumentalidade das formas é aplicada de modo mais acentuado no processo administrativo do que no processo civil (NOHARA, 2023, p. 238).

Nesse sentido, Di Pietro, lecionando que, no âmbito dos processos administrativos, o princípio do formalismo não deve ser adotado com rigor excessivo, sob pena de serem prejudicados os interesses do administrado e da própria administração pública, afirma que:

Poder-se-ia alegar que a inobservância de determinadas formalidades do procedimento acarretaria descumprimento de normas legais constantes da já referida Lei de Processo Administrativo ou de outras leis esparsas, com afronta ao princípio da legalidade. **No entanto, no âmbito administrativo, se o cumprimento da lei processual prejudicar o cumprimento do direito material, este, em regra, é que deve prevalecer.** No processo judicial, o cumprimento das normas processuais, como as que estabelecem prazos para as partes adotarem determinadas providências, é essencial para conduzir ao fim do processo, que é a solução do litígio. Isto em nome da segurança jurídica (DI PIETRO, 2017, p. 33, grifo nosso).

Assinala-se, pois, que, ao processo administrativo brasileiro, aplica-se o princípio do informalismo ou do formalismo moderado, ante o dever de serem

utilizadas formas simples, que sejam suficientes para assegurar adequada segurança, certeza e respeito aos administrados (MAZZA, 2023, p. 352).

Especificamente no âmbito das licitações e contratos administrativos, Alexandre Mazza (2023, p. 364-365) leciona que o princípio da instrumentalidade das formas é um dos princípios implícitos que informam a nova lei de licitações e contratos administrativos, vez que, apesar de não constar expressamente da norma, integra seu conteúdo material. Como argumento, invoca o artigo 12, inciso III dessa lei, o qual dispõe que:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo (BRASIL, 2021).

Veja-se que o licitante – ou seja, a empresa participante de determinado certame público – tem a seu dispor o princípio da instrumentalidade das formas, o qual pode ser invocado nas licitações públicas sempre que for prejudicado sob a justificativa de que não observou esta ou aquela norma procedimental do certame.

Repita-se que, no âmbito do processo judicial, a instrumentalidade da forma deve ser invocada na solução das ocorrências processuais, conferindo-se prevalência do cumprimento dos atos sobre as falhas formais, em conformidade com o disposto no artigo 277 do Código de Processo Civil, que prevê: “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Ou seja, a lei determina que o magistrado aproveite, ao máximo, a realização dos atos processuais, devendo, inclusive, suprir alguns pressupostos e sanar vícios (MANCUSO, 2018, p. 22).

Mesmo raciocínio se aplica ao processo administrativo, no que tange ao instituto da convalidação, nos termos de expressa disposição legal prevista no artigo 55 da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal⁴⁵: “em decisão na qual se evidencie não acarretarem

⁴⁵ Registra-se que o teor dessa norma é aplicável em diversos outros entes federativos, por expressa disposição legal editada pelo respectivo estado ou município, incorporando ao seu ordenamento jurídico a própria Lei nº 9.784, de 1999, ou editando lei estadual ou municipal com dispositivos

lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” (MANCUSO, 2018, p. 22).

Constata-se, portanto, que a nova lei de licitações e contratos administrativos trouxe uma nova ideia sobre a questão das nulidades dos atos administrativos, impondo que seja dado um valor maior ao atingimento dos objetivos da licitação pública em detrimento de uma obediência cega às normas procedimentais, aos ritos para aferição da qualificação do licitante ou do conteúdo de sua proposta.

6.2. OS VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS

O vício pode ser conceituado como um defeito que possibilita a invalidação do ato administrativo, ou seja, acarreta a anulação ou a declaração de nulidade do ato administrativo, dependendo da situação (NOHARA, 2022, p. 198).

No que tange ao vício formal, segundo José Maria Othon Sidou (2016, p. 644), este ocorre quando há “inobservância de exigência legal extrínseca para a formalização do negócio jurídico”.

Recorrendo-se à doutrina do direito tributário, o vício formal pode ser entendido como aquele vinculado aos procedimentos de geração da obrigação tributária, que está ligado ao modo de formalização do lançamento, ou seja, é o vício que surge da aplicação incorreta das normas de procedimento referentes ao lançamento do tributo. Ao passo que o vício material é aquele que fere a própria norma tributária, podendo incidir sobre questões do próprio fato jurídico tributário ou da relação jurídica que nasce desse fato, ou seja, é aquele que surge quando ocorre um erro na aplicação das normas afetas ao direito material (RIBEIRO, 2022).

E, nesse quadrante, no âmbito do direito constitucional, tem-se que a edição de qualquer ato normativo em desrespeito aos requisitos legais para sua elaboração, como a iniciativa de lei por autoridade que não detenha tal competência, configura inequívoco vício formal subjetivo, o que resulta na inconstitucionalidade da norma assim editada. De forma similar, se um projeto de lei complementar for aprovado por maioria simples nas casas do Congresso Nacional, estará eivado de vício formal

similares aos dessa lei federal, como se observa das seguintes normas: Lei SP nº 10.177, de 1998, Lei DF nº 2.834, de 2001, Lei MG nº 14.184, de 2002, Lei RS nº 15.612, de 2021.

objetivo de inconstitucionalidade, eis que não observou o devido trâmite processual de criação da lei. Neste exemplo, se a iniciativa cabia ao chefe do poder executivo, nem uma futura sanção desse projeto de lei pode convalidar tal vício. Já o vício material existirá quando o objeto da lei ou do ato normativo editado for incompatível com o texto constitucional (MORAES, 2019, p. 823-824).

Aqui, pode-se observar que o vício formal não é sinônimo de vício de menor gravidade ou relevância, mas sim aquele que, conquanto não trate do mérito do ato administrativo, descumpra os procedimentos para sua feitura e que, a depender do requisito violado, acarretará grave mácula ao ato administrativo.

Como consequência da presença de vícios nos atos jurídicos, tem-se que uma das formas de extinção do ato administrativo é a sua anulação, ou invalidação. Nesse ponto, ensina Di Pietro:

Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação, é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então) (DI PIETRO, 2024, p. 267).

Carvalho Filho (2023, p. 134) apresenta o seguinte conceito de invalidação do ato administrativo: “a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade”. Assim, a invalidação pressupõe um vício de legalidade e exige-se, para tanto, a ausência de qualquer um dos requisitos de validade do ato administrativo.

Entretanto, se tal anulação decorrer de nova interpretação ou nova orientação da administração pública, essa retroatividade não poderá ocorrer em obediência ao princípio da segurança jurídica, expressamente disposto na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999),⁴⁶ e ao contido no artigo 24 da Lei de

⁴⁶ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação** (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual proíbe a invalidação de atos em decorrência de mudança posterior de orientação geral⁴⁷ (DI PIETRO, 2024, p. 267).

Urge assinalar que a anulação de ato administrativo pelo poder público está amparada em seu poder de autotutela sobre seus próprios atos, com base no entendimento já pacificado do Supremo Tribunal Federal - STF, nos termos de suas conhecidas Súmulas 346 e 473, as quais dispõem:

Súmula 346 - STF

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (BRASIL, 1963).

Súmula 473 - STF

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL, 1969).

Por ser um ato jurídico, o ato administrativo também está sujeito à aplicação dos princípios do direito civil, com a ressalva de que possui peculiaridades que não podem ser desconsideradas. Tais peculiaridades estão relacionadas aos elementos integrantes do ato administrativo (que são em maior número e de natureza diversa dos elementos do ato privado) e às consequências do descumprimento da lei (que têm impactos diferentes quando se trata de ato administrativo) (DI PIETRO, 2024, p. 269).

De forma mais detalhada, essas diferenças podem ser elencadas da seguinte forma:

1. os vícios dos atos privados atingem apenas interesses individuais, enquanto os vícios dos atos administrativos podem afetar o interesse de terceiros ou até mesmo o interesse público; por exemplo, a adjudicação, na licitação, a quem não seja o vencedor prejudica a este, aos demais licitantes e ao próprio interesse da Administração na escolha da melhor proposta; por isso mesmo, não

⁴⁷ Art. 24. **A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato**, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, **sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas**. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público (BRASIL, 1942, grifo nosso).

pode o Poder Público ficar dependendo de provocação do interessado para declarar a nulidade do ato, incumbindo-lhe o poder-dever de fazê-lo, com base em seu poder de autotutela; daí decorre conceito diverso de ato anulável, no direito administrativo;

2. por outro lado, diante de determinados casos concretos, **pode acontecer que a manutenção do ato ilegal seja menos prejudicial ao interesse público** do que a sua anulação; nesse caso, pode a Administração deixar que o ato prevaleça, desde que não haja dolo, dele não resulte prejuízo ao erário, nem a direitos de terceiros; é o que ocorre, por exemplo, com os atos praticados por funcionários “de fato”;

3. finalmente, **quanto aos vícios** que atingem o ato administrativo, **há modalidades peculiares que não existem no direito privado**, como o excesso e o abuso de poder, a usurpação de função, o exercício de fato (DI PIETRO, 2024, p. 269-270).

Assinala-se que, no direito civil, os vícios a que estão sujeitos os atos jurídicos estão previstos no Código Civil, em seus artigos 166⁴⁸, que trata das nulidades absolutas, e 171⁴⁹, que trata das nulidades relativas; os quais dizem respeito aos três elementos que compõem o ato jurídico: sujeito, objeto e forma (DI PIETRO, 2024, p. 270).

É a gradação do repúdio à infringência das normas jurídicas que leva à classificação dos atos jurídicos em atos nulos e anuláveis, conforme previsto nos citados artigos 166 e 171 do Código Civil. Nesse ponto, no direito civil, a nulidade não comporta a convalidação do ato e pode ser decretada de ofício pelo magistrado. A anulabilidade, a seu turno, permite a convalidação e só pode ser decretada pelo magistrado por provocação do interessado (CARVALHO FILHO, 2023, p. 133).

Quanto ao emprego da teoria das nulidades do direito civil no âmbito do direito administrativo, há duas correntes na doutrina: a teoria dualista e a teoria monista. Esta entende não se aplicar a dicotomia das nulidades, ou seja, o ato

⁴⁸ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

⁴⁹ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I - por incapacidade relativa do agente;
- II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (BRASIL, 2002).

administrativo ou é nulo, ou é válido; se possui algum vício, é nulo. Aquela sustenta que os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, a depender da gravidade do vício (CARVALHO FILHO, 2023, p. 134).

Carvalho Filho (2023, p. 134) posiciona-se adepto da teoria dualista, apontando, no entanto, algumas ressalvas:

Permitimo-nos perfilhar a doutrina dualista, embora não possamos deixar de assinalar um aspecto que nos parece fundamental. É que **a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado**, tido como anulável. Sem dúvida é o interesse público que rege os atos administrativos, e tais interesses são indisponíveis como regra. Apenas quando não houver reflexo dos efeitos do ato viciado na esfera jurídica de terceiros é que se poderá admitir seja convalidado; a não ser assim, forçoso seria aceitar que a invalidade possa produzir efeitos válidos (grifo nosso).

No que se refere ao direito administrativo, os vícios também podem afetar os elementos constitutivos do ato administrativo, surgindo, assim, os vícios quanto à competência, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade (DI PIETRO, 2024, p. 270).

Marçal Justen Filho (2023, p. 177) apresenta a seguinte sistematização quanto aos vícios dos atos administrativos: a) vício de competência, que pode ocorrer pela inexistência de competência, pelo defeito quanto ao sujeito e por excesso de poder; b) vício de forma, que pode ocorrer por ofensa aos requisitos de existência e validade, por ofensa ao procedimento ou por defeito de motivação; c) vício de conteúdo, que pode ser por ofensa aos requisitos de existência ou por ofensa aos requisitos de validade; d) vício de motivo, que pode se dar por ausência de escolha consciente, por equívoco quanto à relação dos fatos, por equívoco quanto à relação de causalidade entre motivo e decisão ou por equívoco quanto à relação de necessidade entre motivo e decisão; e) vício de finalidade, que pode ocorrer por vício quanto à escolha da finalidade, por desvio de poder, por desvio de procedimento ou por abuso de poder.

Para Di Pietro (2024, p. 270-271), no que toca aos vícios do ato administrativo em relação ao sujeito, podem ser por incompetência ou por incapacidade. A incompetência decorre do fato de que a lei define as atribuições do agente público, proibindo-se, pois, a prática de atos que exorbite essa previsão legal. Os vícios quanto à competência podem ser praticados por meio de usurpação de função, por

excesso de poder ou pela função “de fato”. Quanto à incapacidade, nos termos da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999), pode ocorrer de duas formas: impedimento e suspeição. O impedimento ocorre quando a autoridade ou o agente público possuem interesse direto ou indireto na causa, quando atuem como perito, testemunha ou representante no processo (o que também se aplica aos parentes do agente público) ou quando haja litígio judicial ou administrativo entre o agente e o interessado. E a suspeição ocorre quando o agente público possua amizade íntima ou inimizade notória com o interessado ou seus parentes.

Sublinha-se que o uso da categoria do funcionário de fato, que é aquele que exerce determinado cargo público em razão de uma investidura aparente, busca a proteção do administrado de boa-fé. Para que seja caracterizada a figura do funcionário de fato, são necessárias:

(a) aparência de regularidade, isto é, geralmente o funcionário se apresenta na repartição; (b) boa-fé por parte do administrado, que desconhece a irregularidade na investidura do funcionário que o atendeu, bem como do funcionário; e (c) conformidade ao Direito, isto é, o ato praticado pelo funcionário de fato deve ser válido perante as regras do ordenamento jurídico (NOHARA, 2023, p. 199).

Os vícios relativos ao objeto existirão sempre que o objeto do ato administrativo não for lícito, possível (de fato e de direito), moral ou determinado. Noutros termos, ocorrerá vício se o objeto for:

1. **proibido pela lei**; por exemplo: um Município que desaproprie bem imóvel da União;
2. **diverso do previsto na lei** para o caso sobre o qual incide; por exemplo: a autoridade aplica a pena de suspensão, quando cabível a de repreensão;
3. **impossível**, porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito; por exemplo: a nomeação para um cargo inexistente;
4. **imoral**; por exemplo: parecer emitido sob encomenda, apesar de contrário ao entendimento de quem o profere;
5. **incerto** em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar; por exemplo: desapropriação de bem não definido com precisão (DI PIETRO, 2024, p. 272, grifo nosso).

Porquanto, estará o ato administrativo viciado de objeto quando seu resultado violar a lei, o regulamento ou outro ato normativo. E, no direito administrativo, objeto

consiste no resultado ou no efeito jurídico que este ato produz (NOHARA, 2023, p. 200).

Ainda no que tange ao vício relativo ao objeto, acrescenta Patrícia Nohara que:

O vício de ilicitude do objeto também se comunica com o motivo e com a finalidade, uma vez que um objeto ilícito, impossível ou indeterminado estará em desacordo com as normas jurídicas pertinentes (pressupostos do motivo) e pode violar o interesse público que deve impulsionar a declaração de vontade do Estado. No Direito Administrativo também não se admitem atos cujo objeto seja imoral, dado que a moralidade é princípio com dimensão normativa (NOHARA, 2023, p. 200).

Os vícios quanto à forma ocorrem quando é descumprida determinada forma que seja expressamente exigida pela lei ou que a finalidade do ato só possa ser atingida por essa forma. Exemplificadamente, cita-se o decreto como a forma exigida para certos atos do chefe do poder executivo (DI PIETRO, 2024, p. 272).

Desse modo, há vício de forma quando ocorre omissão (ausência de forma) ou atendimento incompleto ou irregular das formalidades essenciais à existência ou à seriedade do ato administrativo (NOHARA, 2023, p. 200).

Nessa quadra, Patrícia Nohara preleciona que:

A obediência à forma não significa excesso de formalismo ou a necessidade de formas sacramentais para a validade do ato, mas toda a vez que a lei exigir determinada forma, esta será requisito de validade do ato administrativo. Essa noção está presente no art. 22 da LPA (Lei nº 9.784/99): “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir” (NOHARA, 2023, p. 201, grifo nosso).

Ressalta-se que o ato administrativo que não preencheu todos os requisitos formais para sua validade legal, mas praticado de modo suficiente a conferir uma aparência de ato administrativo, está sujeito à invalidação (ou anulação), e não à nulidade (JUSTEN FILHO, 2023, p. 180).

Os vícios quanto ao motivo ocorrem quando o fundamento, de fato ou de direito, do ato administrativo é materialmente inexistente, juridicamente inadequado ou falso (DI PIETRO, 2024, p. 272).

Noutros termos, o motivo é o pressuposto de fato e de direito que conduz o agente público a efetivar determinado ato administrativo. Neste ponto, leciona Patrícia Nohara:

Como a ação administrativa deve sempre ser pautada pela legalidade administrativa, que é relacionada com o conceito de atuação conforme à lei, os pressupostos fáticos devem ter necessariamente complemento normativo.

Não é qualquer fato, portanto, que configura o motivo do ato administrativo, mas tão somente aquele que tem previsão legal e que impulsiona o agente público a praticar determinado ato. Daí a diferença entre móvel, que seria expressão de uma vontade subjetiva do agente, com o motivo, que deve possuir expressão objetiva nos fatos e correspondência no ordenamento (NOHARA, 2023, p. 201-202, grifo nosso).

Desse modo, o vício relativo ao motivo pode ocorrer de três modos: quando inexistente o fundamento para o ato; quando esse fundamento for falso (diverso da verdade real); ou quando esse fundamento não possuir conexão com o objetivo almejado pela administração (CARVALHO FILHO, 2023, p. 135).

Nesse aspecto, cumpre sublinhar que a inadequação dos fatos com a norma aplicável representa um indício de desvio de finalidade, mas também pode configurar excesso de poder. Ou seja:

a inadequação dos pressupostos de fato com os de direito é um indício do desvio de finalidade, mas nem sempre decorre desse vício, pois pode acontecer de o agente público se exceder na aplicação de uma medida prevista em lei na perseguição de finalidade pública, circunstância em que ocorre o excesso de poder e não o seu desvio (NOHARA, 2023, p. 202).

Os vícios quanto à finalidade ocorrem quando há desvio de poder ou desvio de finalidade, ou seja, quando o ato é praticado com o escopo de alcançar fim diverso do previsto na norma legal. Nesse ponto, acrescenta-se que:

a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei (DI PIETRO, 2024, p. 272).

Assinala-se o teor da Lei de Ação Popular, Lei nº 4.717, de 1965, no que tange ao conceito de desvio de poder ou desvio de finalidade:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (BRASIL, 1965).

Urge pontuar que há inúmeras divergências na doutrina sobre as consequências decorrentes dos vícios dos atos administrativos. Frisa-se que, no direito civil, os vícios acarretam nulidades absolutas ou relativas. O direito administrativo, por sua vez, classifica os atos ilegais de forma diversa (DI PIETRO, 2024, p. 273).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 490) sustenta a existência de três categorias de atos administrativos viciados: os atos nulos, os atos anuláveis e os atos inexistentes. E o critério para essa distinção é a possibilidade, ou não, de se convalidar o vício. Desse modo, tem-se que os atos nulos são aqueles que não passíveis de convalidação, seja por força de expressa previsão legal ou por ser racionalmente impraticável a convalidação, pois esta repetiria a invalidade anterior. Aqui, entram os vícios referentes ao motivo, ao objeto e à finalidade. Os atos anuláveis são os que podem ser reproduzidos sem vício, como os realizados por sujeito incompetente, com vício de forma ou com vício de vontade. E os atos inexistentes são os aqueles que se constituem em condutas criminosas contrárias aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 169-170) leciona que não há atos administrativos anuláveis, sob o argumento de que, por força da legalidade administrativa, é vedado que se tenha preponderância do interesse privado sobre os atos ilegais; vez que, juridicamente, o ato anulável não pode ser convalidado por ser, na origem, um ato nulo.

Di Pietro (2024, p. 274-275), por sua vez, doutrina que, com relação às nulidades, tanto no direito civil, quanto no direito administrativo, os vícios podem causar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis). Nesses dois ramos do direito, a nulidade relativa é passível de ser sanada, enquanto a nulidade absoluta não. No direito civil, a nulidade absoluta pode ser reconhecida pelo juiz, de ofício ou por manifestação da parte interessada ou do Ministério Público; já a nulidade relativa depende de manifestação da parte interessada. No

direito administrativo, a nulidade absoluta e a nulidade relativa podem ser decretadas de ofício pela administração pública, em razão de seu poder de autotutela, vez que não pode o interesse público sujeitar-se ao do particular.

Dessa forma, haverá nulidade relativa quando o vício for sanável ou convalidável e nulidade absoluta quando não for possível o saneamento (DI PIETRO, 2024, p. 275).

A convalidação (ou saneamento) pode ser entendida como “o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”. Acrescenta-se que pode ser levada a efeito pelo poder público ou pelo particular, na hipótese em que o ato exigia a manifestação de vontade deste, a qual pode ser realizada posteriormente (DI PIETRO, 2024, p. 275).

Destaca-se que Marçal Justen Filho (2023, p. 181) leciona que irregularidades aparentes ou irrelevantes não são aptas a anularem o ato administrativo:

Não basta a simples desconformidade entre o ato concreto e as exigências legais para se configurar nulidade. É necessário que a desconformidade inviabilize a revelação da vontade administrativa ou que produza a infração a valores essenciais.

Neste ponto, importa sublinhar que, segundo as lições de Di Pietro (2024, p. 275), em sintonia com o pensamento de Weida Zancaner, a convalidação do ato administrativo pode configurar-se num ato vinculado ou discricionário, a depender do vício a ser saneado. Assim, a convalidação será um ato discricionário quando o ato viciado for um ato discricionário praticado por agente público incompetente, pois, nestes casos, pode o agente competente fazer novo juízo subjetivo sobre o ato em questão e decidir - frisa-se - discricionariamente se esse ato merece ser convalidado ou invalidado, conforme repute ser esse ato adequado e, como consequência, convalide-o ou inadequado e, assim, invalide-o. De outro giro, se o ato administrativo viciado se tratar de ato vinculado efetivado por agente incompetente, estando presentes os requisitos para sua realização, não resta alternativa ao agente competente que não seja a convalidação desse ato administrativo. E, ausentes tais requisitos, o agente competente é obrigado a anulá-lo, pois se trata de ato vinculado (DI PIETRO, 2024, p. 275-276).

Observa-se que o artigo 55 da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999) prevê que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Di Pietro (2024, p. 276) entende que a redação desse artigo parece facultar ao gestor público a opção de convalidar ou não atos eivados de vício sanável, desde que não causem prejuízos a terceiros nem lesionem o interesse público. Contudo, a administrativista defende que, apenas nos casos em que há vício de incompetência em ato discricionário, tem o gestor público essa opção de convalidar ou não. E, dessa forma, nos demais casos, está o gestor público obrigado a convalidar os atos administrativos saneáveis. Assim:

O uso do verbo poder no artigo 55 da Lei nº 9.784/99 não significa necessariamente que o dispositivo esteja outorgando uma faculdade para a Administração convalidar o ato ilegal, segundo critérios de discricionariedade; como em tantas outras hipóteses em que a lei usa o mesmo verbo, trata-se, no caso, de reconhecimento de um poder de convalidação que pode ser exercido na esfera administrativa, sem necessidade de procura pela via judicial. **A convalidação é, em regra, obrigatória**, se se pretende prestigiar o princípio da legalidade na Administração Pública (DI PIETRO, 2024, p. 276, grifo nosso).

Quando o ato administrativo é nulo, não cabe sua convalidação. Essa análise deve ser feita sobre o tipo de vício, tendo por base os cinco elementos constitutivos do ato administrativo, a saber: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade (DI PIETRO, 2024, p. 276).

Conclui-se, pois, que, sendo o ato administrativo nulo, não há que se falar em saneamento ou convalidação. Ao passo que, sendo o ato administrativo anulável, é possível licitamente realizar sua convalidação.

Em relação ao sujeito, é possível a convalidação se o ato administrativo for realizado com vício de incompetência, desde que não se refira a competência outorgada com exclusividade a determinado agente público nem a matéria de competência exclusiva dos entes da Federação (União, Estados e Municípios). Aqui a convalidação é chamada de ratificação. Em relação ao objeto ou à matéria, não é possível a convalidação. Quanto à forma, é viável a convalidação se não for essencial à validade do ato viciado. E quanto ao motivo e à finalidade, não se admite sua convalidação por não ser possível alterar retroativamente determinado fato ou

finalidade ilícita com que o ato fora praticado (DI PIETRO, 2024, p. 276-277). Ou seja, não cabe a convalidação por ser impossível voltar no tempo e tornar lícito um fato ou uma finalidade originalmente ilícitos.

Acrescenta-se que, nos aspectos sobre a diferenciação entre inexistência e invalidade⁵⁰ dos atos administrativos, em regra, os vícios quanto ao conteúdo (ou objeto) do ato administrativo não acarretam sua inexistência; no entanto, isso ocorrerá nas situações em que esse conteúdo ofender os direitos fundamentais, extrapolar os limites da função estatal ou constituir-se num ato criminoso, como, a título de exemplo, nos casos de atos jurídicos ordenando a prática de racismo. De outro giro, os vícios quanto ao conteúdo que causam a invalidade do ato administrativo são os inconciliáveis com os atos normativos de hierarquia superior ou com os limites decorrentes da procedimentalização da atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2023, p. 182).

Ponto interessante é a situação do vício relativo ao objeto ou conteúdo, pois não está sujeito ao instituto da convalidação ante a ilicitude existente; todavia, em certos casos, é possível aplicar o instituto da conversão. Esta consiste no “ato administrativo pelo qual a Administração converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data do ato original. O objetivo é aproveitar os efeitos já produzidos”. Como exemplo, tem-se uma concessão de uso efetivada sem o devido procedimento licitatório, que pode ser convertida numa permissão precária; ocasionando, assim, validade ao uso do bem público pelo particular (DI PIETRO, 2024, p. 277).

Constata-se, pois, que tais institutos podem ser invocados e utilizados pelos licitantes (pelas empresas participantes) no âmbito de diversos certames em que ocorra alguma desconformidade com o edital ou com alguma norma administrativa.

Urge, por fim, anotar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), em seu artigo 20, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 13.655, de 2018, trouxe mais um requisito para a invalidação dos atos jurídicos: a motivação do ato a ser invalidado, vez que tal permite externar a necessidade e a adequação da invalidação (CARVALHO FILHO, 2023, p. 135).

⁵⁰ Nessa invalidade, enquadram-se a nulidade absoluta e a nulidade relativa do ato administrativo (JUSTEN FILHO, 2023, p. 191).

Feitas essas considerações doutrinárias acerca dos vícios formais e materiais no âmbito do direito administrativo, passa-se, no próximo tópico, à análise do conceito e características do princípio do formalismo moderado.

6.3. CARACTERÍSTICAS E CONCEITO DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

Segundo os ensinamentos de Odete Medauar, o princípio do formalismo moderado pode ser conceituado como:

Em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para proporcionar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo (MEDAUAR, 2018, p. 168).

Alexandre Mazza, focando na necessidade de simplicidade aos atos administrativos, traz o seguinte conceito do formalismo moderado:

Informalismo ou formalismo moderado: adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (MAZZA, 2023, p. 352).

Abordando a questão do formalismo e os princípios do procedimento administrativo de uma forma geral, mais especificadamente sobre o princípio da utilidade (efetividade), o qual determina que as formalidades adotadas sejam as necessárias e úteis para o atingimento da melhor decisão administrativa, Marçal Justen Filho doutrina que:

Todo procedimento apresenta uma dimensão formalista, relacionada com a observância de exigências quanto ao modo de desenvolvimento da atividade administrativa. O princípio da utilidade exige que tais formalidades sejam compatíveis com a finalidade pretendida. O formalismo não consiste em instrumento para impedir o controle da atividade administrativa nem um meio para sacrificar direitos e interesses alheios (JUSTEN FILHO, 2023, p. 221).

No mesmo sentido, fazendo alusão aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, José dos Santos Carvalho Filho (2023, p. 205) leciona que o gestor público tem o dever de ajustar os meios que utilizará aos fins almejados pela administração pública, de sorte que, nesse ponto, o princípio do formalismo sofre certas mitigações, sempre dentro de considerações de equilíbrio, razoabilidade e proporcionalidade.

A título de exemplo, cita-se que, no curso de um procedimento licitatório, em obediência ao formalismo, o licitante tem o dever de apresentar documentos por escrito; contudo, eventuais não observâncias de exigências formais que não maculem a competitividade do certame não têm o condão de excluir o licitante do processo (CARVALHO FILHO, 2023, p. 207).

Insta pontuar que Irene Nohara, invocando o princípio da legalidade, sustenta que o formalismo moderado - também chamado de informalismo ou de formalismo mitigado - é incompatível com procedimentos em que haja disputa entre concorrentes e chega a afirmar que este não se aplica às licitações e contratos administrativos:

Ressalte-se que, no tocante à aplicação da legalidade, enquanto a lei geral de processo administrativo, que, no âmbito federal, é a Lei nº 9.784/99, estabelece **o princípio do informalismo ou do formalismo moderado/mitigado**, segundo o qual os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, **tal informalismo não se aplica aos procedimentos licitatórios** (NOHARA, 2023, p. 309, grifo nosso).

Entretanto, mais à frente, a administrativista pontua que o administrador público não pode atuar com formalismo excessivo, devendo primar pelo atendimento do interesse público:

O agente de contratação ou a comissão não podem deixar de lado critério fixado no edital para julgamento de proposta ou mesmo na habilitação de candidatos. Isso não significa, todavia, que se deva atuar com rigor excessivo na interpretação dos textos normativos, porquanto está ultrapassado o posicionamento de que os intérpretes deviam ser autômatos que aplicam a lei a partir de seu sentido literal [...]

Na própria lei se determina, no art. 64 (da Lei nº 14.133/2021), que, após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência para: (1) complementação de informações acerca

dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame; e (2) atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Assim, se houver dúvidas sobre algo que pode ser esclarecido, sem a necessidade de inclusão de nova documentação, **melhor que a Administração não descarte a participação de empresa idônea (e regular) a pretexto de seguir um formalismo excessivo, em situação onde não há prejuízo aos interesses públicos** (NOHARA, 2023, p. 310, grifo nosso).

Assim, o disposto no artigo 64 da nova lei de licitações e contratos administrativos⁵¹ está em pleno alinhamento com o princípio do formalismo moderado ao prever, expressamente, a possibilidade de saneamento de falhas e erros no curso dos procedimentos licitatórios, estando, ainda, em compatibilidade com o princípio da eficiência (SARAI, 2022, p. 742).

Benjamin Zymler, invocando o princípio da verdade material, traz o seguinte conceito do princípio do formalismo moderado:

O princípio do formalismo moderado pode ser tido como corolário do princípio da verdade material, dado que a obtenção da verdade material exige que se desconsidere os aspectos formais ligados à produção dos atos processuais, acentuando o caráter material dos mesmos. Nesse sentido, os prazos, no processo administrativo, não poderão ter, em regra, caráter peremptório. **Toda informação relevante que sirva para o atingimento da verdade material, mesmo que produzida a destempo, pode ser adequadamente examinada** pelo administrador (ZYMLER, 2015, p. 243, grifo nosso).

Assinala-se que Zymler parece sustentar que esse princípio não se aplica aos procedimentos licitatórios e aos concursos públicos sob o argumento da

⁵¹ Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento (BRASIL, 2021).

necessidade de cumprimento dos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade administrativa:

Em processos concorrenciais, como licitações e concursos públicos, o princípio da formalidade estrita ganha realce, tendo em vista a necessidade de obediência ao princípio da impessoalidade administrativa (caput do art. 37 da CF), que exige a dispensa de tratamento equânime aos diversos concorrentes. **A letra constitucional não permite que o relaxamento das formas processuais possa beneficiar uns em detrimento de outros** (ZYMLER, 2015, p. 243, grifo nosso).

Entretanto, em decisões no âmbito do Tribunal de Contas da União, o ministro Zymler tem votado pela aplicação do princípio do formalismo moderado aos procedimentos licitatórios, como se observa do Acórdão nº 87/2023 - Plenário - TCU, no qual foi o relator:

Representação. Pregão eletrônico. Inabilitação indevida de licitante. Conhecimento. Procedência. Determinação para anulação do ato de inabilitação. Embargos de declaração. Conhecimento. Ausência dos vícios apontados. Rejeição. Ciência [...]
Frisa-se, por derradeiro, que não se entende haver óbice em considerar informações prestadas pela Caixa no âmbito de outro recurso, ainda que de relatoria diversa da dos presentes embargos, **em razão dos já mencionados princípios da verdade material, do formalismo moderado e da economia processual que regem os processos no TCU** (BRASIL, 2023, grifo nosso).

Odete Medauar (2018, p. 168) leciona ser o princípio do formalismo moderado plenamente aplicável aos processos licitatórios, com vistas a se combater o formalismo exacerbado, o qual ocorre quando licitantes são inabilitados ou desclassificados por falhas em documentos não essenciais, passíveis de esclarecimentos ou correção com diligências. Dessa forma, a não aplicação do formalismo moderado proporciona que seja colocado em segundo plano o verdadeiro objetivo do processo, qual seja, o confronto da maior quantidade possível de propostas para ampliar a possibilidade de firmar o contrato administrativo mais adequado ao interesse público.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2023, p. 37) expressamente defende a aplicação do princípio do formalismo moderado às licitações e contratos

administrativos, invocando, para tanto, o disposto no artigo 12, inciso III da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo (BRASIL, 2021).

E prossegue Rafael Oliveira:

A nova Lei de Licitações demonstra que **o formalismo é moderado e não absoluto**. Nesse sentido, o art. 12 da Lei 14.133/2021 revela a preocupação do legislador com a relativização de formalidades desnecessárias nas contratações públicas, destacando-se, por exemplo: a) a **possibilidade de aproveitamento dos atos que apresentem descumprimento de formalidades** que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, evitando-se, portanto, o seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo (art. 12, III); b) a **prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular** poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal (art. 12, IV); c) salvo imposição legal, a **exigência do reconhecimento de firma** somente será admitida nos casos de dúvida de autenticidade (art. 12, V); d) o contrato verbal será nulo e de nenhum efeito, mas se **admitem, excepcionalmente, contratações verbais de pequenas compras** ou de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a R\$ 11.441,66 (art. 95, § 2.º, e Decreto 11.317/2022); e) a **possibilidade de saneamento ou convalidação de atos praticados com vícios formais** que não afetem os direitos dos participantes do certame ou o interesse público (ex.: art. 71, I, art. 147 etc.) (OLIVEIRA, 2023, p. 41, grifo nosso).

É o princípio do formalismo moderado que autoriza o gestor público a realizar diligências no curso do procedimento administrativo com o escopo de corrigir eventuais falhas das propostas ou documentos apresentados; possibilitando, portanto, um diálogo entre a administração pública e os licitantes. Dessa forma, a título de exemplo, cita-se que inabilitar licitante por desconformidade entre as assinaturas apostas na sua proposta e no seu contrato social é reprovável por caracterizar formalismo exacerbado (FERREIRA FILHO, 2022, p. 62, 65).

Nesse sentido, no âmbito do procedimento licitatório, com fulcro no princípio do formalismo moderado, eventual falta de algum ato de controle preventivo, como a análise e parecer prévios do órgão jurídico, não autoriza que, automaticamente, seja declarada a nulidade do respectivo certame e do contrato administrativo, notadamente se não houver irregularidades insanáveis ou prejuízos ao interesse público. Tal omissão pode se caracterizar como uma irregularidade administrativa e, nesse caso, passível de apuração de responsabilidade do agente que lhe deu causa (OLIVEIRA, 2023, p. 264).

E é sob o manto do princípio do formalismo moderado que a nova lei de licitações e contratos administrativos, expressamente, em seu artigo 64, caput, veda aos licitantes a substituição ou apresentação de novos documentos após o prazo previsto para a habilitação, salvo para complementar informações já existentes e sobre os documentos já apresentados, atualização dos documentos já encaminhados ou para sanar falhas ou erros que não inovem no conteúdo dos documentos já apresentados pelo licitante (OLIVEIRA, 2023, p. 277).

Sob a nova lei de licitações e contratos administrativos, com destaque para o retrotranscrito artigo 12, inciso III, ficou expressa a prevalência do formalismo moderado, tanto na fase de habilitação quanto na fase de seleção das propostas dos licitantes, objetivando-se a ampliação da disputa (PALAVÉRI, 2021, p. 401).

Porquanto, não se admite que o formalismo no procedimento licitatório seja empregado como argumento para a exclusão de licitantes de forma desarrazoada ou desproporcional. Urge sublinhar que a finalidade maior da lei de licitações é o atendimento ao interesse público mediante a seleção da proposta mais vantajosa para o poder público. Destarte, a norma busca que sejam aproveitados os atos praticados ou os documentos inseridos nos autos que possuam erros formais, desde que não maculem o conteúdo ou a intenção nem causem prejuízo às partes (SARAI, 2022, p. 283-284).

Acrescenta-se que o formalismo moderado deve ser aplicado aos contratos firmados pela administração pública, sendo, inclusive, visto como uma de suas características:

O formalismo moderado é uma das características dos contratos administrativos, segundo a qual a Administração deve obedecer aos procedimentos previstos na legislação para formatação válida do ajuste (OLIVEIRA, 2023, p. 408).

Sublinha-se que o próprio Tribunal de Contas da União - TCU apresenta o seguinte conceito do princípio do formalismo moderado, ao fixar entendimento de sua utilização no âmbito das licitações públicas:

16. Ao contrário, os agentes públicos nomeados para compor a referida comissão de licitação deveriam ter se pautado no princípio do **formalismo moderado**, que prescreve **que as formalidades exigidas não podem ser utilizadas como um fim em si mesmo, tampouco podem ser exigidas quando dispensáveis**. O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Em outra decisão sobre a aplicação do princípio do formalismo moderado ante o objetivo precípuo de seleção da proposta mais vantajosa para o poder público, de modo mais didático, o TCU entendeu que:

REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.

1. **O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa**, obedecidos os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

2. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública **deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado**, que prescreve **a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados** (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que:

1. **No processo administrativo vige o princípio do formalismo moderado**, segundo o qual a exigência de alguns requisitos formais podem ser flexibilizados (sic) **desde que não haja quebra da legalidade ou prejuízo a terceiros ou ao interesse público**. Além disso, o processo administrativo foi estruturado de forma a proteger o interesse dos administrados, ou seja, o apego ao formalismo deve se

dar sobretudo quando sua não observância importa em risco de prejuízo para o administrado (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Constata-se, pois, que o TCU vem fixando entendimento no sentido de que o fator determinante para a habilitação do licitante é se este possui os requisitos exigidos pelo edital no momento da abertura da sessão pública, ainda que não apresente a respectiva documentação comprobatória nessa oportunidade. Noutros termos, é admissível a juntada posterior de documentos para comprovar fatos já existentes quando da abertura do certame (SARAI, 2022, p. 743).

O Poder Judiciário também já fora provocado para se manifestar sobre a aplicação do princípio do formalismo moderado no âmbito das licitações e contratações realizadas pela administração pública, conforme se verifica na decisão abaixo:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. Exclusão do certame licitatório em razão da apresentação de índices econômico-financeiros em cópia simples, desacompanhada dos originais, como previsto no edital. Sentença que concedeu a segurança para que a autoridade coatora habilite a impetrante na licitação. **A Administração não deve se pautar pelo excesso de formalismo, em especial quando não se evidencia qualquer prejuízo ao processo licitatório.** Ausência de questionamentos quanto à veracidade das informações prestadas pela empresa agravada. **Formalismo excessivo** em descompasso com os fins almejados no procedimento licitatório. Princípio da vinculação ao edital que não é desrespeitado. **Colisão entre princípios a ser resolvida por ponderação, diversamente do que se passa com as regras (lógica do "tudo ou nada"). Princípio da vinculação ao edital que, no caso concreto, dá lugar à aplicação do princípio do formalismo moderado** para afastar a necessidade de apresentação de documentação original. Sentença mantida. Reexame necessário não provido (SÃO PAULO, 2022, grifo nosso).

Em outro julgado, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul decidiu que, em um processo licitatório, um licitante não pode ser inabilitado por não apresentar uma certidão de regularidade de seguro garantia de participação se, comprovadamente, fez a contratação desse seguro garantia e apresentou os demais documentos requeridos; vez que tal conduta viola o princípio do formalismo moderado, prestigiado pela jurisprudência pátria. Assim, não se tolera o excesso de formalismo. Sublinhou, ainda, nesta decisão, que o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que a interpretação dos comandos editalícios não pode fulminar o fim

do procedimento licitatório, limitando o número de participantes e impedindo a escolha da melhor proposta (MATO GROSSO DO SUL, 2022).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, a seu turno, no julgamento de um mandado de segurança, decidiu que é indevida a inabilitação de uma organização social em procedimento licitatório se os documentos por ela apresentados ao órgão licitante comprova a regularidade exigida pelo respectivo edital. Nesse sentido, sua inabilitação por eventual falha na composição de seu conselho de administração implica num excesso de formalismo, não admitido no ordenamento jurídico, pois devem ser evitados exigências ou rigorismos dispensáveis (GOIÁS, 2023).

Esse mesmo critério foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que entendeu haver excessivo formalismo na inabilitação de licitante que apresentara declaração de execução parcial de obras com prazo de validade expirado, não obstante tal inabilitação tenha ocorrido devidamente amparada nas cláusulas do respectivo edital licitatório. Justificou que tal declaração estava devidamente arquivada no Conselho Regional de Engenharia de Santa Catarina – CREA/SC e cuja veracidade era de fácil comprovação ante uma simples consulta ao sítio eletrônico daquele conselho de classe. Ou seja, foi indevida a inabilitação de concorrente que apresentara o menor preço por um excesso de formalismo (SÃO PAULO, 2023).

No mesmo sentido foi a decisão adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que entendeu ser desnecessário um rigor desarrazoado numa licitação pública:

MANDADO DE SEGURANÇA – REMESSA NECESSÁRIA – LICITAÇÃO – INABILITAÇÃO POR AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE CONTADOR – **RIGOR DESARRAZOADO** – POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO – **FORMALISMO MODERADO** – SENTENÇA MANTIDA.

1. A licitação não pode prescindir de boa dose de formalismo (uma garantia para o particular e um prestígio à transparência). Mas tudo tem em mira o interesse público primário, **de sorte que devem ser mitigados os rigores burocráticos.**

Licitação não é gincana, prova destinada a escolher aqueles capazes de passar por provas formais.

A forma é vista em atenção às finalidades do certame, evitando-se invalidações em razão de meras irregularidades, vícios de menor gravidade e sanáveis.

2. Houve um rigor desarrazoado. A impetrante apresentou, em recurso administrativo logo após ser intimada da decisão de inabilitação, os documentos com a assinatura de contador.

Se, por exemplo, as informações no mandado de segurança tivessem vindo sem assinatura, teria sido concedido prazo para regularização. **No processo administrativo prepondera um formalismo moderado. Então, se no processo judicial, mais cerimonioso, é admitida a sanação desses pecados veniais, não haveria por que na instância administrativa haver mais avareza.**

3. Remessa necessária desprovida (SANTA CATARINA, 2022, grifo nosso).

Ante o exposto acerca dos conceitos e decisões acima apresentados, pode-se pontuar que o princípio do formalismo moderado possui as seguintes características: previsão de ritos e formas simples, possibilidade de interpretação flexível desses ritos e formas e respeito aos direitos dos licitantes.

7. A APLICAÇÃO DO FORMALISMO MODERADO NA FASE DA HABILITAÇÃO

Um típico exemplo da necessidade de adoção do formalismo moderado às licitações e contratos administrativos realizados pela administração pública ocorreu no curso do Pregão Eletrônico nº 18/2021, sob o sistema de registro de preços, pelo critério de menor preço, promovido pela Universidade Federal do Pará – UFPA.

Esse pregão eletrônico teve como objeto a contratação de serviços administrativos de natureza auxiliar, instrumental ou acessória aos assuntos que constituem a área de competência da Universidade Federal do Pará (BRASIL, 2023).

A licitante E. B. Cardoso Eireli apresentou proposta com menor preço durante a fase de lances; todavia, foi inabilitada por ter apenas assinalado a declaração de acessibilidade requerida pelo sistema Comprasnet e não ter incluído certidão comprovando que dispunha de percentual maior do que o mínimo exigido de pessoas com deficiência - PCDs ou beneficiários reabilitados da Previdência Social, não inserindo outro documento comprobatório no sistema, como determinado pelo subitem 9.11.2 do respectivo edital:

9.11.2. Apresentação de documento comprobatório de que a licitante possui em seu quadro de empregados o percentual mínimo de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social, nos termos do art. 93 da Lei 8.213/1991 (BRASIL, 2021b).

A convalidação da condição, nos termos em que foi realizada, foi considerada irregular pelos demais licitantes, mas acabou sendo ratificada pelo pregoeiro, que confirmou a habilitação (BRASIL, 2023).

Insta mencionar que a equipe de contratação da UFPA, inicialmente, supriu a falta desse documento fazendo a juntada de uma certidão da Relação Anual de Informações Sociais do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - RAIS/Caged do governo federal, a qual continha a devida comprovação de que a licitante E. B. Cardoso Eireli possuía percentual mínimo de pessoas com deficiência (PCD) ou beneficiários reabilitados pela Previdência Social, nos termos do edital (BRASIL, 2023).

Dessa feita, a licitante E. B. Cardoso Eireli foi habilitada pelo pregoeiro. No entanto, os demais licitantes discordaram desse procedimento e interpuseram recurso administrativo (BRASIL, 2023).

No julgamento desses recursos administrativos, após a manifestação da Procuradoria Federal da Advocacia-Geral da União junto à Universidade Federal do Pará, o pregoeiro reviu seu entendimento e decidiu inabilitar a licitante E. B. Cardoso Eireli. Por consequência, a licitante KCM Serviços Especializados de Limpeza Eireli foi declarada vencedora do pregão em questão, apresentando proposta de preços no valor anual de R\$ 5.224.400,40 (cinco milhões, duzentos e vinte e quatro mil, quatrocentos reais e quarenta centavos), sendo este valor superior em R\$ 225.142,98 (duzentos e vinte e cinco mil, cento e quarenta e dois reais e noventa e oito centavos) ao menor preço ofertado (BRASIL, 2023).

Relembra-se que a fase de habilitação, que em regra nas licitações sob a égide da Lei nº 14.133, de 2021, é realizada após a fase de julgamento das propostas, tem por fim verificar a conformidade da documentação jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal, social e trabalhista do licitante (FERREIRA FILHO, 2022, p. 32).

Acrescenta-se que, nos termos da nova lei de licitações e contratos administrativos, na fase de habilitação são exigidos os documentos devidos tão somente do licitante vencedor, exceto quando há inversão das fases, hipótese em que a fase de habilitação antecede a de julgamento (CARVALHO FILHO, 2023, p. 216).

Nesse sentido, a fase de habilitação visa avaliar a vantajosidade subjetiva do licitante, ou seja, checar se o licitante possui idoneidade e capacitação mínimas para assinatura do contrato administrativo e a consequente prestação do serviço ou fornecimento de certo bem à administração pública (JUSTEN FILHO, 2023, p. 280).

Voltando-se ao Pregão Eletrônico nº 18/2021, a licitante E. B. Cardoso Eireli apresentou representação junto ao Tribunal de Contas da União por se julgar prejudicada na decisão que a inabilitou para o pregão eletrônico em epígrafe (BRASIL, 2023).

Assinala-se que, em suas manifestações junto ao TCU, a Universidade Federal do Pará sustentou que a certidão RAIS/Caged juntada ao processo licitatório por sua equipe de contratação não tinha o condão de suprir a falta do documento que a licitante deixara de apresentar, vez que tal certidão atestava que a licitante

preenchia os requisitos do edital no momento da expedição da certidão (em agosto de 2021), ou seja, em data posterior à da abertura das propostas (em julho de 2021), fato que, segundo a UFPA, impedia concluir que a licitante E. B. Cardoso Eireli efetivamente atendia à exigência editalícia de habilitação naquela data. Acrescentou, ainda, a UFPA que a licitante inabilitada, durante a fase recursal do pregão eletrônico, não apresentara nenhum documento que caracterizasse o devido preenchimento desse critério de habilitação e que, oportunizar a juntada dessa documentação, afrontaria a vedação de inclusão de novos documentos que deveriam constar da proposta inicial do licitante nos termos da lei de licitações e contratos administrativos (BRASIL, 2023).

Urge sublinhar o seguinte trecho do voto do ministro relator da representação em tela:

Com efeito, **permitir a juntada de documentos que tão somente demonstrem condição pré-existente à abertura da licitação não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes**, conforme registra o Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

Além disso, nos termos do art. 20 da Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), é preciso considerar as consequências práticas de uma decisão proferida pelo TCU. Nesse sentido, anuo com o exame da unidade técnica no sentido de que eventual determinação para realizar nova licitação no caso concreto pode ter consequências negativas para o interesse público primário, considerando que existe a possibilidade de que os preços ofertados venham a ser maiores do que os atualmente contratados.

Por outro lado, acolhendo argumentação da KCM no sentido de que eventuais órgãos que desejarem aderir à Ata de Registro de Preços necessitariam avaliar e demonstrar a vantajosidade dessa opção antes de eventual adesão, por força do art. 22 do Decreto 7.892/2013, a unidade técnica propõe que seja revogada a medida cautelar vigente nestes autos.

É neste ponto que divirjo da unidade técnica. **A licitação ora em exame possui um vício inerente, a saber, a inabilitação indevida de uma licitante com proposta mais vantajosa, o que contamina a legitimidade da ata de registro de preços dela derivada.**

Em outras palavras, permitir que novos contratos sejam celebrados com base em uma ata de registro de preços derivada de uma licitação irregular, em que houve ofensa ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, não é consentâneo com o art. 3º da Lei 8.666/1993.

Nesse cenário, **concluo pela procedência da representação**, anuo com a ciência proposta pela unidade instrutora e entendo que a medida cautelar determinada pelo Acórdão 1845/2022-TCU-Plenário deve ser tornada definitiva (BRASIL, 2023, grifo nosso).

Dessa forma, o Tribunal de Contas da União proferiu o Acórdão nº 762/2023 – Plenário, assim ementado:

Representação. Indícios de irregularidades ocorridas no pregão eletrônico - SRP 18/2021 promovido pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Contratação de serviços de natureza auxiliar. **Inabilitação indevida de licitante resultando em seleção de proposta que não era a mais vantajosa para a administração.** Adoção de medida cautelar para suspender autorizações de adesões à ata. Oitivas. Procedência. Determinações corretivas. Ciência. Arquivamento.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela Empresa E. B. Cardoso Eireli noticiando irregularidades na condução do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 18/2021, do tipo menor preço por lote, promovido pela Universidade Federal do Pará (UFPA) para serviços de natureza auxiliar, instrumental ou acessória, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no edital, com valor global anual estimado em R\$ 7.112.282,64;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente e tornar definitiva a medida cautelar determinada pelo Acórdão 1845/2022-TCU-Plenário;

9.2. dar ciência à UFPA, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada no Pregão Eletrônico 18/2021, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

9.2.1. inabilitação indevida da licitante E. B. Cardoso Eireli, **por não ter apresentado documentação comprobatória de que possuía em seu quadro de empregados o percentual mínimo de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social**, nos termos do art. 93 da Lei 8.213/1991, quando o pregoeiro, na fase de julgamento da habilitação, já havia obtido certidão que comprovava, naquela oportunidade, o atendimento da exigência, o que resultou na seleção de proposta que não era a mais vantajosa para a Administração, **em afronta ao princípio do formalismo moderado e à jurisprudência do Tribunal** (Acórdão 357/2015-TCU-Plenário, Ministro-Relator Bruno Dantas; 2.003/2011-Plenário, Ministro-Relator Augusto Nardes; 1.795/2015-Plenário, Ministro-Relator José Mucio Monteiro; e 1.211/2021-Plenário, Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues);

9.3. dar ciência deste acórdão à empresa KCM Serviços Especializados de Limpeza Eireli e à representante; e

9.4. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso II, do Regimento Interno/TCU (BRASIL, 2023, grifo nosso).

Retornando-se ao conceito do princípio do formalismo moderado, observa-se que exige, no âmbito das licitações públicas, que haja a devida simplicidade na prática dos atos administrativos, desde que suficientes a proporcionar certeza, segurança e respeito aos direitos dos cidadãos (MAZZA, 2023, p. 352).

Nesse prisma, em atendimento à missão constitucional da administração pública de contratação de bens e serviços mediante o devido procedimento licitatório, deve-se sempre ter por objetivo a obtenção da proposta mais vantajosa, oportunizando-se a todos os interessados igualdade de condições para que possam prestar seus serviços ou fornecer seus bens ao poder público. Assim, frisa-se, a administração pública tem o dever de respeitar as normas constitucionais e legais no desenvolvimento dos certames públicos, para se ter a garantia dos princípios da legalidade e da igualdade de possibilidades e, ainda, para se afastar o favorecimento e o arbítrio (MORAES, 2019, p. 403).

Constata-se no julgado acima um excelente exemplo da aplicação do princípio do formalismo moderado no âmbito das licitações e contratações do poder público; princípio este que se constitui em poderosa ferramenta à disposição dos licitantes e contratantes com os órgãos e entidades públicos. Noutros termos, as empresas privadas possuem uma forte ferramenta para ser utilizada em suas participações em licitações públicas que lhes permite focar seus esforços e atenções no oferecimento da melhor proposta, na construção das estratégias, técnicas e operações que mais se adequem às necessidades do órgão público responsável pela licitação; havendo, pois, instrumentos para superar eventuais desclassificações ou inabilitações fulcradas em miudezas editalícias em detrimento da proposta mais vantajosa ao poder público.

Importa, ainda, assinalar que em 2015 o plenário do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 357/2015, proferiu decisão no sentido de ser aplicável às licitações públicas o princípio do formalismo moderado, vez que incumbe aos órgãos e entidades públicos assegurar a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, observando-se a devida proteção das prerrogativas dos administrados (BRASIL, 2015b).

Sublinha-se que a licitação pública possuiu como um de seus pressupostos a competição entre os licitantes, com o escopo de se propiciar igual oportunidade a todos participantes e atuar como fator de eficiência e moralidade nos contratos, acordos e ajustes administrativos (MEIRELLES, 2014, p. 303-304). E é justamente com esse objetivo que o princípio do formalismo moderado pode ser invocado e aplicado, pois tem potencial para ampliar e garantir uma real e eficaz implementação dos princípios constitucionais e legais das licitações promovidas pelos órgãos e entidades públicos.

Urge frisar que, em outros recentes julgados, o Tribunal de Contas da União também reconheceu a plena aplicação do princípio do formalismo moderado no âmbito das licitações e contratações públicas.

A título de exemplo, cita-se o Acórdão nº 611/2024 - Plenário, por meio do qual o Tribunal de Contas da União entendeu ser indevida a desclassificação de licitante por suposta alegação de proposta inexequível, tendo aquela corte de contas utilizado como um dos argumentos para sua decisão o entendimento de ser irregular a desclassificação de propostas em razão de erros formais ou vícios sanáveis por diligências realizadas pela própria administração pública (BRASIL, 2024).

Outo exemplo é o Acórdão nº 508/2024 - Plenário, também do Tribunal de Contas da União, que entendeu ser improcedente representação de licitante que postulou pela desclassificação da licitante melhor classificada, alegando que esta não cumprira exigência editalícia de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado pela Previdência Social nos termos da legislação sobre esse tema. Aqui, novamente, a corte de contas reafirmou seu entendimento no sentido de que, com fulcro, dentre outros, no princípio do formalismo moderado, a licitante representada não deveria ser desclassificada por ter apresentado termo de compromisso firmado com o Ministério do Trabalho e Previdência, no qual se responsabilizava por cumprir tal reserva legal em prazo formalmente concedido, fato este que elidia o suposto descumprimento de item do edital do respectivo pregão eletrônico (BRASIL, 2023).

Noutros termos, tem-se mais um instrumento à disposição do setor privado (dos licitantes) para que possa sagrar-se vencedor num certame público ou numa execução de contrato administrativo, fazendo prevalecer o objeto (ou seja, a efetiva prestação do serviço ou a entrega de um bem) sobre a forma, o conteúdo de suas propostas sobre as exigências administrativas da burocracia brasileira.

8. CONCLUSÃO

Conforme se expôs na parte inicial deste trabalho, a licitação no setor público remonta à civilização grega, no século VI antes de Cristo. Desde então, o poder público vem realizando procedimentos diversos para firmar ajustes com a iniciativa privada para suprir suas necessidades por bens e serviços.

No ordenamento jurídico pátrio, com expressa previsão no texto constitucional, os órgãos e entidades públicos possuem a obrigatoriedade de realizar procedimentos administrativos para a aquisição de bens, contratação de serviços, construção de obras, desenvolvimento de sistemas, desfazimento de bens móveis e imóveis, de modo a desempenharem suas competências institucionais, que, ao final, significam a concretização da prestação de políticas públicas à sociedade. Noutros termos, as licitações públicas estão umbilicalmente ligadas à promoção das políticas públicas a cargo do estado.

A aquisições levadas a efeito pela administração pública movimentam expressivos valores monetários na economia brasileira, constituindo-se importante vetor para diversos segmentos e agentes do mercado brasileiro, registrando-se que, com a facilidade de acesso possibilitada pelas licitações eletrônicas, as empresas conseguem participar e contratar com os órgãos e entidades públicos situados em todo o território brasileiro.

Nesse contexto, o arcabouço jurídico brasileiro possui vasta quantidade de normativos sobre licitações públicas, expedidos por diversas autoridades, nas três esferas de governo (União, estados/ Distrito Federal e municípios), cenário este que potencializa a possibilidade de ocorrência do descumprimento de determinado rito, formalidade ou exigência no curso de um procedimento administrativo.

No campo dos certames públicos, tal qual ocorre em outras áreas do direito administrativo, existem os princípios jurídicos que norteiam as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e dos órgãos de controle. E como tais, devem ser aplicados como comandos de otimização, com base na gradação, sem serem invalidados ou revogados uns pelos outros.

Especificamente no campo das contratações públicas, devem ser observados alguns princípios, sendo uns de natureza constitucional e outros previstos na lei que rege essa temática. Dentre estes princípios, merecem destaque os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade, quando se intenta o cumprimento do objetivo

último de um certame licitatório, qual seja, a seleção da melhor proposta para a administração pública.

Urge pontuar que o princípio do formalismo moderado não consta expressamente da lista de princípios aplicáveis às licitações e contratos administrativos previstos na recém-publicada Lei nº 14.133, de 2021.

Quanto ao rito procedimental, a nova lei de licitações e contratos administrativos traçou as fases da licitação de modo bem definido e numa sequência lógica. Ou seja, definiu os ritos administrativos – o formalismo – para que um órgão público possa firmar um contrato administrativo com a iniciativa privada e até mesmo com a própria administração pública, por meio de convênios.

Assinala-se que o formalismo não significa algo pernicioso, abjeto por si só. Ao contrário, é desejável e de singular relevância para o correto desenvolvimento dos processos administrativos e judiciais, vez que traz previsibilidade, segurança jurídica, celeridade, organização interna do procedimento e permite às partes envolvidas o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa. Porquanto, o formalismo é de suma importância ao correto desenvolvimento dos ritos administrativos em geral, notadamente nos certames licitatórios.

No entanto, nesse contexto, não deve o formalismo ser utilizado com exagero, de modo extremado, sob pena de se fulminar o próprio fim jurídico perseguido pelo ordenamento jurídico, vez que uma rígida observância ao procedimento não constitui um fim em si mesmo; mas é um instrumento de que se vale a administração pública para o atingimento de um resultado específico, qual seja, a contratação do bem ou serviço mais vantajoso à necessidade pública.

Nesse ponto, incumbe ao agente público, no âmbito das decisões nos processos administrativos licitatórios, agir com proporcionalidade e razoabilidade, sem descuidar-se da observância do princípio da legalidade, de modo a cumprir o objetivo principal de uma licitação pública, qual seja, repita-se, selecionar a proposta mais vantajosa para o poder público. Para tanto, o gestor público pode fazer uso do princípio do formalismo moderado, o qual possui íntima conexão com uma atuação de forma razoável e proporcional.

Insta sublinhar que a segurança jurídica não se resume às regras positivadas, ela envolve toda uma ordem jurídica, abarcando as regras, os princípios e os valores de um sistema.

E nesse contexto, a recente alteração ocorrida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655, de 2018) tem como um de seus objetivos amplificar a segurança jurídica e a eficiência na interpretação e aplicação das normas de direito administrativo, exigindo-se do gestor público que, em sua atuação, considere as consequências práticas de suas decisões administrativas.

Dessa forma, a título de exemplo, cita-se que a fase de habilitação do licitante exige a apresentação de vários documentos comprobatórios para o prosseguimento do certame, na qual, não raras as vezes, ocorre a falta ou junção de documento com erros ou falhas formais.

O gestor público não pode permitir que tais falhas, passíveis de saneamento, acarretem a inabilitação do licitante ou a desclassificação de sua proposta, pois o ordenamento jurídico, com a adoção do princípio do formalismo moderado, impõe o dever de se corrigir ou, ao menos, oportunizar a correção de tais equívocos.

Assim sendo, o princípio do formalismo moderado, embora não conste expressamente da norma, é plenamente aplicável às licitações públicas, notadamente nos termos do disposto nos artigos 12 e 64 da Lei nº 14.133, de 2021, que proíbe a desclassificação de proposta e a inabilitação de licitante ante o desatendimento de normas procedimentais, visto que constitui uma importante e poderosa ferramenta à disposição dos agentes públicos e dos licitantes privados na busca por um regular e eficiente desenvolvimento do processo licitatório público, desde que aplicado de modo a não violar a segurança jurídica, o direito dos demais licitantes e, em especial, a garantir que a administração pública faça a escolha da proposta que mais atenda ao interesse público, ou seja, à necessidade que a administração busca suprir com o respectivo certame licitatório e de modo mais eficiente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. rev. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes (org. e trad.). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ALVIM, Teresa Arruda et al. **Primeiros comentários ao código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview-thomsonreuters-com.uninove.idm.oclc.org/title>. Acesso em: 09 ago. 2024.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, jan./mar. 2005, p. 123-134. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/273>. Acesso em: 30 jun. 2023.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, jan./mar. 1999, p. 151-179. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>. Acesso em 03 jun. 2023.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista de Direito do Ministério Público**, Rio de Janeiro, RJ, n. 4, 1996, p. 160-175. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em 30 jun. 2023.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Themis Revista da ESMEC Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/issue/view/20>. Acesso em: 8 jul. 2023.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Licitações. *In*: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (coord.). **Curso prático de direito administrativo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 225-340.

BITTENCOURT, Sidney. **Nova lei de licitações**: passo a passo, comentando a nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

_____. Advocacia-Geral da União. **Modelos da Lei nº 14.133/21 para pregão e concorrência**. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoescontratos/modelo_tr_compras_lei_14-133_v-maio23.docx. Acesso em 08 set. 2023.

_____. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643compilado.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

_____. **Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957**. Regulamenta os serviços de energia elétrica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019%20impressao.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

_____. **Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998**. Aprova o regulamento do procedimento licitatório simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm. Acesso em 05 ago. 2024.

_____. **Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023**. Atualiza os valores estabelecidos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11871.htm#art3. Acesso em: 12 set. 2024.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução ao código civil brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regular a ação popular. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração

pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 17 maio 2023.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em: 03 jul. 2023.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 ago. 2024.

_____. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 17 maio 2023.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 17 maio 2023.

_____. **Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000.** Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/MPV/Antigas/2026.htm. Acesso em: 17 maio 2023.

_____. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Secretaria de Gestão e Inovação. Portal de Compras do Governo Federal. Brasília, DF, 2024.

Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao>. Acesso em: 25 ago. 2024.

_____. **Projeto de Lei nº 2.481, de 16 de setembro de 2022.** Reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>. Acesso em: 13 ago. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira turma. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 16.697/RS. Processo nº 2003/0113635-8. Julgado em 22 mar. 2005. Procedimento licitatório. Vinculação ao edital. Princípio da legalidade e impessoalidade [...] Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2005]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 597.529/PR. Processo nº 2004/0045219-2. Julgado em 23 ago. 2005. Agravo regimental em agravo de instrumento - administrativo - violação de princípios administrativos [...] Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2005]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Súmula 346. Julgado em 13 dez. 1963. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula346/false>. Acesso em: 15 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Súmula 473. Julgado em 03 dez. 1969. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais [...] Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1969]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>. Acesso em: 15 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda turma. Recurso extraordinário nº 160381/SP. Julgado em 23 mar. 1994. Ação popular - procedência - pressupostos. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado [...] Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1994]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur67958/false>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 604/2009. Processo nº 000.268/2009-1. Julgado em 1º abr. 2009. Representação. Pregão presencial para contratação de prestação de serviços. Índícios de restrição à competitividade [...] Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2009]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1124685%22>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Primeira câmara. Acórdão nº 3146/2010. Processo nº 022.207/2007-6. Julgado em 1º jun. 2010. Prestação de contas. Serviço social autônomo. Admissão mediante processo seletivo interno. Não-publicação de

edital de seleção externa. Fracionamento de compras. Não-exigência de comprovação de regularidade fiscal e previdenciária em convites e dispensas de licitação [...] Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2010]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1151883>. Acesso em: 13 ago. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. Segunda câmara. Acórdão nº 10604/2011. Processo nº 030.774/2011-0. Julgado em 1º nov. 2011. Representação. Pregão eletrônico. Falhas procedimentais. Ausência de prejuízo ao erário [...] Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2009]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1212104%22>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 1613/2013. Processo nº 014.543/2009-0. Julgado em 26 jun. 2013. Súmula TCU 283. Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2013]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/sumula/SUMULA-EJURIS-11614>. Acesso em: 13 ago. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. Segunda câmara. Acórdão nº 7329/2014. Processo nº 029.436/2014-1. Julgado em 25 nov. 2014. Representação. Tomada de preços. INB. Contratação de serviços de engenharia consultiva. Alegação de exigência indevida de experiência anterior na execução de objeto idêntico ao licitado [...] Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2014]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1335210%22>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 93/2015. Processo nº 032.357/2014-1. Julgado em 28 jan. 2015. Representação com pedido de medida cautelar. Pregão eletrônico. Conhecimento. Medida cautelar indeferida. Procedência parcial. Ciência. Arquivamento. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2015]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1359489%22>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 357/2015. Processo nº 032.668/2014-7. Julgado em 4 mar. 2015. Representação, com pedido de medida cautelar. Supostas irregularidades ocorridas em procedimento licitatório, relacionadas à desclassificação indevida de licitante com proposta mais vantajosa. Vício insanável no motivo determinante do ato de desclassificação. Nulidade. Determinação. Ciência. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2015]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1379123>. Acesso em: 26 dez. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 1084/2015. Processo nº 032.458/2014-2. Julgado em 06 maio 2015. Fiscalização de orientação centralizada. Fundação nacional de saúde (FUNASA). Execução de obras de abastecimento de água em cinco municípios do estado de Goiás. Inadequação de providências para sanear atraso das obras. Ausência/inadequação das providências para retomar obra

paralisada. Restrição à competitividade de licitação. Projeto básico deficiente. Ciência. Apensamento ao consolidador. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2015]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1408426>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 1443/2015. Processo nº 032.937/2014-8. Julgado em 10 jun. 2015. Afronta os princípios da razoabilidade e da finalidade a utilização [...] Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2015]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/jurisprudencia-selecionada/%22JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-17014%22>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 3340/2015. Processo nº 018.450/2013-0. Julgado em 09 dez. 2015. Representação. Univasf. Irregularidades no chamamento público 01/2013. Aplicação de multa aos responsáveis. Embargos de declaração. Acolhimento parcial dos embargos, com efeitos infringentes para suprimir a multa relativa a uma irregularidade e reduzir a multa quanto às demais. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2015]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1544604>. Acesso em: 18 dez. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 2835/2016. Processo nº 009.489/2016-9. Julgado em 09 nov. 2016. Representação de empresa acerca de irregularidades em tomada de preços realizada pela Prefeitura de Vera/MT com vistas à construção de duas unidades básicas de saúde. Análise das audiências. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2016]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2199276>. Acesso em: 16 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 87/2023. Processo nº 008.335/2022-2. Julgado em 25 jan. 2023. Representação. Pregão eletrônico. Inabilitação indevida de licitante. Conhecimento. Procedência. Determinação para anulação do ato de inabilitação. Embargos de declaração. Conhecimento. Ausência dos vícios apontados. Rejeição. Ciência. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2023]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2557894>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 7263/2023. Processo nº 013.022/2022-9. Julgado em 19 abr. 2023. Representação. Indícios de irregularidades ocorridas no pregão eletrônico - SRP 18/2021 promovido pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Contratação de serviços de natureza auxiliar. Inabilitação indevida de licitante resultando em seleção de proposta que não era a mais vantajosa para a administração [...] Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2023]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2558479>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 508/2024. Processo nº 000.582/2024-7. Julgado em 27 mar. 2024. Representação. Pregão eletrônico. Serviços de operação de infraestrutura e atendimento para usuários de recursos de tecnologia da informação. Oitiva. Indeferimento do pedido de cautelar.

Improcedência. Arquivamento. Ciência. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2024]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2654071>. Acesso em: 19 abr. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 611/2024. Processo nº 033.093/2023-7. Julgado em 03 abr. 2024. Representação. Pregão eletrônico. Desclassificação indevida de licitante por inexecuibilidade de sua proposta. Nulidade do contrato. Retorno do processo licitatório à fase de classificação. Embargos de declaração. Conhecimento. Não acolhimento. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2024]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2652253>. Acesso em: 19 abr. 2024.

_____. Tribunal Regional Federal. Quarta região. Nona turma. Apelação cível nº 5003530-84.2020.4.04.7207/SC. Processo nº 5003530-84.2020.4.04.7207/SC. Julgado em 24 maio 2021. Previdenciário. Direito administrativo. Mandado de segurança. Apelação. Processo administrativo. Ausência de prejuízo a terceiros ou ao interesse público. Brasília, DF: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, [2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF425257899>. Acesso em: 18 dez. 2023.

_____. Universidade Federal do Pará. Edital do Pregão Eletrônico SRP nº 18/2021. Processo Administrativo nº 20786/2019-41. Belém, PA: Universidade Federal do Pará, [2021]. Disponível em: <https://proad.ufpa.br/index.php/pregao-eletronico-2021>. Acesso em 23 mar. 2024.

CAMARGO, Bibiana Helena Freitas; ROSSI, Sergio Ciquera (org.). **Reflexões sobre a nova lei de licitações**. São Paulo: EPCP, 2022.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 346.

_____. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 31-48, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109149>. Acesso em: 31 ago. 2024.

_____. **Princípios do processo judicial no processo administrativo. Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015->

dez-10/interesse-publico-principios-processo-judicial-processo-administrativo. Acesso em 23 mar. 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodvim, 2022.

_____. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 8-42, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/documents/10180/0/Revista%20do%20TCE%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%B0%206> Acesso em: 23 out. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 34. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi Ramia. Formalismo e processo - uma brevíssima visão. **Revista Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, 1º jul. 2013. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/formalismo-e-processo-uma-brevissima-visao/>. Acesso em 18 out. 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GIROTO, Maira Coutinho Ferreira; SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da. O novo normativo legal das licitações e dos contratos. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, São Paulo, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-novo-normativo-legal-licitacoes-e-contratos>. Acesso em 15 maio 2023.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Quinta Câmara Cível. Reexame Necessário nº 5003241-09.2023.8.09.0051. Julgado em 17 jul. 2023. Apelação cível. Mandado de segurança. Chamamento público. Fase de habilitação. Exigências cumpridas. Inabilitação afastada. Segurança concedida. Sentença mantida [...] Goiânia, GO: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, [2023]. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/ConsultaJurisprudencia>. Acesso em 28 dez. 2023.

GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Volume I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 7. ed. Rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. rev., atual., reform. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 253-283, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2735>. Acesso em 06 nov. 2023.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Teoria geral do processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARINELA, Fernanda; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de licitações e contratos administrativos**. 2 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Segunda Câmara Cível. Remessa Necessária Cível nº 0819594-56.2020.8.12.0001. Julgado em 23 jun. 2022. Campo Grande, MS: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, [2022]. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1272223&cdForo=0>. Acesso em 28 dez. 2023.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Administração. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org). **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 752-860, v. I.

MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 235, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4879>. Acesso em: 3 jun. 2023.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e contratos administrativos**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107528600/v5/page/RB-1.1>. Acesso em 26 nov. 2023.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, v. 4, n. 187, 15 set. 2004. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/todos-os-artigos/processo-e-cultura-praxismo-processualismo-e-formalismo-em-direito-processual-civil.html>. Acesso em 11 nov. 2023.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book. Disponível em: <https://next-proview-thomsonreuters-com.uninove.idm.oclc.org/title>. Acesso em: 25 jul. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NARDONE, José Paulo. Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, São Paulo, 20 maio 2022. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/artigo-desafios-e-oportunidades-primeiro-ano-nova-lei-licitacoes-e-contratos>. Acesso em 15 maio 2023.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito administrativo**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book. Disponível em: <https://next-proview-thomsonreuters-com.uninove.idm.oclc.org/title>. Acesso em: 09 ago. 2024.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 59-88, 2006. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/issue/view/3148>. Acesso em 16 out. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PALAVÉRI, Marcelo. **Noval lei de licitações e contratações públicas para municípios**. Leme: Mizuno, 2021. Vol. I.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 141, p. 88-109, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1490/1727>. Acesso em: 05 ago. 2024.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB**. São Paulo: SRV Editora Ltda, 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Diego Diniz. Vício formal versus vício material para fins de anulação de autos de infração. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-09/direto-carf-vicio-formal-versus-vicio-material-fins-anulacao-autos-infracao/>. Acesso em 23 nov. 2023.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quinta Câmara de Direito Público. Remessa Necessária Cível n. 5001764-68.2021.8.24.0126. Julgado em 22 fev. 2022. Mandado de segurança. Remessa necessária. Licitação. Inabilitação por ausência de assinatura de contador. Rigor desarrazoado. Possibilidade de correção. Formalismo moderado. Sentença mantida [...] Florianópolis, SC: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, [2022]. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em 28 dez. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Quinta Câmara de Direito Público. Remessa Necessária Cível nº 1002764-50.2021.8.26.0019. Julgado em 31 out. 2022. Reexame necessário. Mandado de Segurança. Licitação. Exclusão do certame licitatório em razão da apresentação de índices econômico-financeiros em cópia simples, desacompanhada dos originais, como previsto no edital [...] São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, [2022]. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16199188&cdForo=0>. Acesso em 28 dez. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 1052869-89.2022.8.26.0053. Julgado em 12 set. 2023. Mandado de segurança. Concorrência pública promovida pelo DER para contratação de obras de "Recuperação de Estradas Vicinais do Estado de São Paulo. Novas Vicinais" [...] São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, [2022]. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17169389&cdForo=0>. Acesso em 28 dez. 2023.

SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SIDOU, José Maria Othon (Org.). **Dicionário Jurídico**. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNSTEIN, Cass Robert; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: Resgatando o Estado Administrativo. Nathalia Penha Cardoso de França (trad.). São Paulo: Contracorrente, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A futura nova lei de licitações**. João Pessoa, 16 fev. 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-futura-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 05 ago. 2024.

_____. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

APÊNDICE – LISTA DE ALGUMAS NORMAS INFRALEGAIS FEDERAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS

1. Decretos

a) Decreto nº 11.890, de 22 de janeiro de 2024, que regulamenta o art. 26 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a aplicação da margem de preferência no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e institui a Comissão Interministerial de Contratações Públicas para o Desenvolvimento Sustentável;

b) Decreto nº 11.878, de 9 de janeiro de 2024, que regulamenta o art. 79 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o procedimento auxiliar de credenciamento para a contratação de bens e serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

c) Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023, que atualiza os valores estabelecidos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021;

d) Decreto nº 11.462, de 31 de março de 2023, que regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

e) Decreto nº 11.461, de 31 de março de 2023, que regulamenta o art. 31 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre os procedimentos operacionais da licitação na modalidade leilão, na forma eletrônica, para alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, e institui o Sistema de Leilão Eletrônico no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

f) Decreto nº 11.430, de 8 de março de 2023, que regulamenta a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

g) Decreto nº 11.317, de 29 de dezembro de 2022, que atualiza os valores estabelecidos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021;

h) Decreto nº 11.246, de 27 de outubro de 2022, que regulamenta o disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

i) Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, que regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

j) Decreto nº 10.818, de 27 de setembro de 2021, que regulamenta o disposto no art. 20 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para estabelecer o enquadramento dos bens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da administração pública federal nas categorias de qualidade comum e de luxo;

k) Decreto nº 10.764, de 09 de agosto de 2021, que dispõe sobre o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, de que trata o § 1º do art. 174 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021;

l) Decreto nº 10.667, de 5 de abril de 2021, que altera o Decreto nº 9.764, de 11 de abril de 2019, que dispõe sobre o recebimento de doações de bens móveis e de serviços de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

m) Decreto nº 10.340, de 6 de maio de 2020, que altera o Decreto nº 9.373, de 11 de maio de 2018, que dispõe sobre a alienação, a cessão, a transferência, a destinação e a disposição final ambientalmente adequadas de bens móveis no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

n) Decreto nº 10.314, de 6 de abril de 2020, que altera o Decreto nº 9.764, de 11 de abril de 2019, que dispõe sobre o recebimento de doações de bens móveis e de serviços, sem ônus ou encargos, de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

o) Decreto nº 10.273, de 13 de março de 2020, que altera o Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, para adequá-lo ao disposto no art. 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, e estender o tratamento diferenciado para consórcios formados por microempresas e empresas de pequeno porte;

p) Decreto nº 10.183, de 20 de dezembro de 2019, que altera o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União;

q) Decreto nº 10.132, de 25 de novembro de 2019, que altera o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União;

r) Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal;

s) Decreto nº 9.857, de 25 de junho de 2019, que altera o Decreto nº 7.970, de 28 de março de 2013, que regulamenta dispositivos da Lei nº 12.598, de 21 de março de 2012, que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa;

t) Decreto nº 9.764, de 11 de abril de 2019, que dispõe sobre o recebimento de doações de bens móveis e de serviços, sem ônus ou encargos, de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

u) Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União;

v) Decreto nº 9.046, de 5 de maio de 2017, que dispõe sobre as condições para a contratação plurianual de obras, bens e serviços, no âmbito do Poder Executivo federal;

w) Decreto nº 8.540, de 9 de outubro de 2015, que estabelece, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, medidas de racionalização do gasto público nas contratações para aquisição de bens e prestação de serviços e na utilização de telefones celulares corporativos e outros dispositivos;

x) Decreto nº 8.535, de 1º de outubro de 2015, que dispõe sobre a contratação de serviços de instituições financeiras pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal;

y) Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências;

z) Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

aa) Decreto nº 2.399, de 21 de novembro de 1997, que estabelece medidas no âmbito do Poder Executivo, para a reavaliação e renegociação de compras e contratos;

bb) Decreto nº 1.054, DE 7 DE FEVEREIRO DE 1994, que regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta, e dá outras providências.

2. Portarias

a) Portaria SEGES/ME nº 938, de 2 de fevereiro de 2022, que institui o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em atendimento ao disposto no inciso II do art. 19 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021;

b) Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

c) Portaria nº 21.262, de 23 de setembro de 2020, que estabelece procedimentos referenciais para a composição da planilha de custos e formação de preços nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de

obra, executados de forma contínua ou não, em edifícios públicos, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

d) Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018, que estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018;

e) Portaria nº 44, de 14 de março de 2006, que altera a Portaria nº 41, de 4 de março de 2005, que estabelece normas complementares para utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal – CPGF, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional;

f) Portaria nº 41, de 4 de março de 2005, que estabelece normas complementares para utilização do cartão de pagamento do Governo Federal - CPGF, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional;

g) Portaria MF nº 95, de 19 de abril de 2002, que fixa os limites para concessão de suprimento de fundos e para os pagamentos individuais de despesas de pequeno vulto;

h) Portaria nº 306, de 13 de dezembro de 2001, que aprova a implantação do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços.

3. Instruções normativas

a) Instrução Normativa SEGES/MGI nº 12, de 31 de março de 2023, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

b) Instrução Normativa SEGES/MGI nº 11, de 29 de março de 2023, que estabelece condições para o pagamento das despesas com compra de bens e prestação de serviços, de que dispõe o inciso I do art. 40 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e para o regime de adiantamento, por suprimento de fundos, de que tratam os arts. 45, 46 e 47 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

c) Instrução Normativa SEGES/MGI nº 8, de 23 de março de 2023, que altera a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, que dispõe

sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

d) Instrução Normativa SEGES/MGI nº 2, de 7 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

e) Instrução Normativa SEGES/ME nº 103, de 30 de dezembro de 2022, que dispõe sobre os procedimentos de seleção de imóveis para locação no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

f) Instrução Normativa SEGES/ME nº 98, de 26 de dezembro de 2022, que estabelece regras e diretrizes para o procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

g) Instrução Normativa SEGES/ME nº 96, de 23 de dezembro de 2022, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por maior retorno econômico, na forma eletrônica, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

h) Instrução Normativa SEGES/ME nº 91, de 16 de dezembro de 2022, que estabelece regras para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de licitação e de contratação direta, de que dispõe o § 2º do art. 23 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

i) Instrução Normativa SEGES/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022, que dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema TR digital;

j) Instrução Normativa SEGES/ME nº 77, de 4 de novembro de 2022, que dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

k) Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30 de setembro de 2022, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior

desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

l) Instrução Normativa SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022, que dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital;

m) Instrução Normativa SEGES/ME nº 116, de 21 de dezembro de 2021, que estabelece procedimentos para a participação de pessoa física nas contratações públicas de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

n) Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, que dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

o) Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.